

手形法における参加・複本・謄本と法解釈学方法論 ： 仮定的債務者の処分授権の概念による新たな構成

著者	安達 三季生
出版者	法学志林協会
雑誌名	法学志林
巻	88
号	1
ページ	1-103
発行年	1990-10
URL	http://hdl.handle.net/10114/10135

手形法における参加・複本・謄本と法解釈学方法論

——仮定的債務者の処分授權の概念による新たな構成——

安達 三季生

第一章 序説 本稿の目的と構成

第二章 私見による手形・小切手法構造論の概要

第三章 予備支払人と参加引受・参加支払

第四章 手形の複本

第五章 手形の謄本

第六章 補論——方法論

一 本論文の出発点と目的

二 方法論のために

三 イェーリンクの構成法学ないし博物学的法学方法論

(E・ヴォルフとK・ラレンツの著書から)

四 平井説と星野説について

第一章 序説

一 本稿の目的と構成

1 参加は手形法第八章五五条以下で、複本と謄本は同法第九章六四条以下で規定されている。条文数は全部で一

手形法における参加・複本・謄本（安達）

四条あり、手形法全体（九四ヶ条）の中では少なからざる比重を占めている。しかし実際に利用されることは稀で、これに関する判例も極く少い。

（判例体系・第二期版（第一法規）所収の判例として、①参加引受に関し、一つの大審院判例（大判昭一〇・一二・二二 法学五卷七九六頁）と数個の下級審判例（東地民判 大四・一一・二新聞二五〇号一三頁、東地民判 昭四・三・六新報七九号二四頁、東控民判 昭一〇・七・一九新聞三八八九号一四頁）が掲げられているが、いずれも参加引受の方式に関するものである（例えば上掲東控民判一〇・七・一九は、参加引受は要式行為であるから單純に引受欄に捺印しても参加引受したものであるといふことはできない、と判示する。また上掲大判昭一〇・一二・二一は、為替手形の引受欄に引受人の署名捺印とならべて署名捺印した場合に、参加引受をなす旨の記載がなく、かつ支払人が引受をなした後に右署名捺印をなしたときは、参加引受ではないが、手形保証になるか否かを判断しないのは違法である、と判示する）。②このほかには、手形の謄本に関して一つの下級審判例が掲げられているのみである（東地民判四九・一二・二三金融法務七六六号三七頁は、手形の謄本はそれ自体手形としての効力を有するものではなく、単にこれに裏書または保証をすることができるとどまるものであるから、約束手形の謄本のみを所持するにすぎない者は、右手形が刑事訴訟手続法に従い裁判所に押収されている場合でも、手形上の権利を行使することはできない、と判示する）。

近時の教科書や概説書においても——これらの制度が複雑で説明しにくいこともその理由とおもわれるが——極めて簡単に扱われるのが普通である。それにも拘らず、本稿が敢えてこれらの制度を取り上げて論じようとする理由は、専ら理論的関心のためである。そしてとりわけ私がかねてから主張している新しい手形理論および手形構造論（私見では、前者は手形法における抗弁切断の法理の根拠と関連させながら手形行為の性質を問題にする理論を、後者は手形の振出・裏書・引受等の各手形行為が如何なる形で手形の中に結合されているかを問題とする理論を意味するものとして両者を一応區別して

いる)をこれらの制度の解釈に適用することによって、私の主張する理論の正当性を検証するためである。その趣旨を具体的に説明するために、今までの手形・小切手法に関する私の研究の経緯を述べさせて頂こう。

元来、民法を専攻している私が手形・小切手法の研究を始めてから既に四半世紀を過ぎた。そのきっかけは、わが民法四六八条に定める、指名債権譲渡における債務者の異議なき譲渡の承諾の研究であった(安達「指名債権譲渡における債務者の異議なき承諾」法学志林五九卷三・四合併号、六〇巻一号、二号)。この規定は、他に立法例のない珍しい規定であるが、これは要するに指名債権譲渡における抗弁切断を定めたものであり、その点で、抗弁切断の法理が重要な意味をもつ手形・小切手法と密接に関連する。そのために指名債権譲渡における債務者の異議なき承諾の研究を深めるためには、手形・小切手法の研究に進まざるをえなかった。そして指名債権譲渡における異議なき承諾、独逸民法上の指図(*Anweisung* 同法七八三条以下)、持参人払債権(無記名債権)、手形・小切手などに共通する抗弁切断の法理を形成する基礎的構成原理として「仮定的債権の譲渡に対する仮定的債務者の処分授權」の概念に想い至り、これによって右の諸制度を再構成すべきであると考えに至った(右の概念を考えるについては、曾つて田中耕太郎博士が、為替手形の振出の性質につき、これを「振出人から受取人になされる、支払人に対する仮定的債権の譲渡」だとして説明されたところから示唆を得ている)。以上の考えを要約したのが、昭和三九年の私法学会での学会報告の要旨「仮定的債務者の処分授權の概念について」(私法二七号)である(この概念の是認さるべき法理論上の根拠については、前掲の志林掲載論文の最後の号で詳細に論じている)。

さて一方で、私の考える右の概念による手形・小切手法の再構成は、従来の手形・小切手法の理論と異なるところが非常に大きいことを考え、他方でわが国の手形・小切手法学が伝統的にドイツのその影響を強く受けていることを考えると、私の考える手形・小切手法の理論をドイツで発表し、その評価を受けることが是非とも必要だと考えていた。たまたま昭和四八年から四九年にかけて法政大学在外研究員として一年余の間、西ドイツのフライブルク大学に留学する機会を与えられたので、この間にド

イツ語で手形・小切手法の再構成を試みる論文を書き、「手形・小切手法の一般理論」(Allgemeine Theorie des Wechsel- und Scheck rechts, 1975.) という題でベーター・ラング社から出ている「ヨーロッパ大学双書」の一冊として公刊することができた。(これについてのドイツの学者の評価については、ドイツの法律雑誌の書評欄で書評されているほか、ドイツの代表的な手形・小切手法コメンタールおよび標準的教科書で参考文献としてとりあげられている。詳細は、拙稿「手形法上の利得償還請求権の構造」(志林八十六号一号)を参照されたい。(同号四頁以下))

右の著書では、仮定的債務者の処分授權の概念を用いて、手形・小切手法に関する主要問題を再構成し、新しい説明を行っている。但し、そこで白地手形と参加・複本・謄本については触れていなかった。白地手形については、それが實際上重要な問題ではあるが、私の考える新たな理論構成と直接の関係が少く、またとりわけ当時充分な考察をなしていなかったことによる。参加等については、私の考える新たな理論構成と関連の深い問題ではあるが、實際上重要性が少なく、加うるにこれらがかなり複雑な制度であり、自信をもって書く準備が出来ていなかったことによる。このうち白地手形については、帰国後間もなく研究を進め、「新白地手形法論」という題で発表した(志林七三巻二号、三・四合併号、七四巻一号。その要点を私法学会で報告した要旨が「白地補充権の消滅時効」私法三九号である)。しかし参加等については今まで気にかかりながらも研究を放置してきた。(なおそのあと手形・小切手法上の重要な論点について、わが国の判例・学説を紹介しつつ、前述のドイツで発表した論文の立場から批判しつつこれを敷衍するという形の論文を幾つか発表した(「線引小切手の効果と本質」薬師寺先生米寿記念論集「民事法学の諸問題」所収、「手形行為独立の原則と証券上の権利の分属に関する試論」志林八一巻三・四合併号、前出「利得償還請求権の構造」))。

さて現在、今までの研究を顧みつつ、手形・小切手法の全般にわたって私の理論でこれを新たに説明し構成しなおすという形の邦文の単行本(仮題「手形・小切手法の民法的基礎」)を出すことによって、いちおう研究を終結したいと

考え、その準備を進めているが、その一環として、今までの研究の欠落部分を埋めるものとして、参加等の制度について「仮定的債務者の処分授權」の概念を用いた説明を試みる必要があるに至った。以上が本稿を執筆するに至った経緯と目的である。これらの制度は複雑であるが——とりわけ複本や謄本が岐れて流通におかれたときの法律関係がそうである——私の考える理論構成によって多くの問題点の所在を明らかにしようとするとともに、そのより簡明な把握が可能となるのではないか——そしてそれによって私の主張する理論構成（手形理論と手形構造論）の有益性を示しうのではないか——と思っている次第である（右のような目的で書かれているので、学説の引用もそれに必要な最少限度に限られていることを予めおことわりする）。

2 本稿の構成

本論に入る前に、私見による手形・小切手の構成を簡単に述べておく必要がある。尤も、この問題は既に法学志林に発表した旧稿の中で言及しており、それを参照して頂ければほぼ足りるのであるけれども（前掲「新白地手形法論」〔志林七四卷一号四〇頁以下〕および「手形法上の利得償還請求権の構造」〔志林八六号一号五一頁以下参照〕、読者の便宜のために（本誌が学生諸君に配布されることをも考えて）あらためて略述することにする。もっとも叙述の方法については、わかりやすくするための新しい工夫をこらしている。これを第二章で扱う。

これに続く第三章から第五章までの各章は、順次、参加引受と参加支払、複本、謄本をとりあげる。

ところで私の考える手形理論ないし手形構造論は、前述したように、従来主張されていたそれと大いに異なっている。そもそも手形理論の歴史は古く、近代的な手形理論の出発点となったアイネルトの手形理論が発表されてから数えても百六十年を経過している（Vgl. Karl Einert, Das Wechselrecht nach dem Bedürfnis des Wechselgeschäfts im 19.

Jahrbuch, 1830. そしてドイツでは前世紀後半から今世紀の初期にかけての、いわゆる概念法学の盛んな時期においては、数多くの著名な法学者が手形法の統一的・体系的な把握を目ざして独自の手形理論を発表して争った（納富義光「手形法における基本的理論」（昭和十五年・有斐閣）は、一四〇頁余にわたるその第三章「手形理論概観」の中の主要部分で一九世紀中葉以降のドイツの学説を紹介し、かつ批評しているが、そこで取り上げられている学説は実に三十七個に及んでいる）。

私の考えている手形理論ないし構造論は、これらの従来の手形理論と根本的に異なるが、それが具体的にいかなる点で異なるかについては、旧稿で十数点をあげて説明したことがある（前掲「手形為替独立の原則」志林八一巻三・四合併号一〇六頁以下）。最も根本的な違いは、私見によると手形行為は授權行為（仮定的債務者の処分授權）であって、それ自体としては債務発生の効力を生ぜしめない（これと裏書や為替手形の振出の中に見られる仮定的債権の譲渡とが結合して、はじめて債務が発生する）こと、したがってまた無因債務という概念を用いない（代りに仮定的債務者の処分授權の概念を用いる）ことであろう（また、後に第一図で示すように、他のより単純な証券が立体的に結合されたものとして手形・小切手を捉えることであろう）。このような従来の学説と著しく異った私見による、手形・小切手法の構成の特色は、手形・小切手法の中で、ある意味で最も複雑な制度といえる参加・複本・謄本の説明を目的とする本稿においても顕著に表現されるであろう。

このような事情を考えると、従来の学説と異った独特の理論を主張する私の見解の基礎にある法学方法論を本稿の中で併せて発表することは必ずしも無意味なことではあるまい。私の「特異な」法学方法論を理解して頂くことが、それにもとづいて本稿で論述する「特異な」私見の理解に結びつくからである。

方法論の問題について、私はかつてドイツ語で発表した前掲書の中で触れている。そこではまた、私の手形・小切

手法研究の出発点と目的について述べているが、これは私の方法論と密接に関連している。そこで本稿の末尾に第六章補論の一と二においてこの部分（すなわち §1 Die Ausgangslage und das Ziel der Arbeit, §3 Zur Methode）の邦訳を掲載することにする。

また私の手形・小切手法研究の方法論については、イエーリンク (1818-92) がその前期に主張した法学方法論——それはドイツの概念法学の一つのピークを形成するものとされている——と類似するところがあるかも知れない。イエーリンクの「ローマ法の精神 (Geist des römischen Rechts)」および「イエーリンク法学年報 (Jehlings Jahrbücher)」で述べられた彼の法学方法論——それは自然科学に範をとった「構成法学」であり「博物学的 (自然史的) 法学方法論」 (naturhistorische Methode) と名付けられているが——は、その後の学者とくに目的法学や自由法学や利益法学を主張する学者から強い批判をうけ、彼自身も後に目的法学の立場から自己批判しているのである。しかし彼の主張した右の法学方法論は、私をして言わしむれば、天才的な洞察力に裏付けられ、強烈なインスピレーションを与える力を今なお持っている優れた主張であり、決して珍奇で不条理な説として葬り去るべきものではない。その方法論が法学のすべての分野にそのままの形で妥当することは困難であるにしても、少くとも取引法の一定の領域には、とりわけ手形・小切手法のような複雑で技術的要素の強い法領域においては、妥当しうるものと思う。

私の法学方法論においてイエーリンクの考えが一定の影響を与えていることを自覚し、彼の説の複権を念願する者として、その「構成法学」ないし「博物学的方法論」の要点を参考までに紹介しておきたい。私の手形・小切手法についての法学方法論を理解して頂くための一つの手がかりとなるであろう。というのは、私の考えている「仮定的債権の譲渡」とか、「仮定的債務者の処分授權」の概念は、イエーリンクのいう法的原素 (Körper) もしくは要素

(Elemente) に該当するものと私は考えているからである。また私の主張する法学方法論は、後述のように(補論二末尾参照)一定の限度で、自然科学の方法論との親近性を有すると考えているからである。

以上の趣旨から、補論三において——イエーリンクの右の法学方法論の紹介のための安直な手段ではあるが——K・ラレンツの「法学方法論」(Karl. Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1960) とエリック・ヴォルフの「偉大な法思想家たち」(Erik Wolf, Grosse Rechtsdenker, 1960) の中から、イエーリンクの前期の法学方法論を引用し紹介している部分を邦訳することにした。戦後のドイツの代表的な法学者として著名な右の両著者は、ともにイエーリンクの右方法論に批判的であり、引用文に続けて長文の批判を行っているのであるが、その部分は本稿の翻訳では省略している。

なお補論三では右に続けて、法解釈学の目的ないし課題を制度モデルの考案ないし構成として捉えようとされる長尾龍一教授の所説を、私見に類似する考えとして紹介する。かように同教授によって用いられ、私も用いているモデルの観念は、従来、法解釈学方法論の中では一般にはほとんど用いられていない現状にかんがみて、参考までに、二、三の標準的な文献の引用により、右観念の説明を紹介することにした。

近時、平井宜雄教授によって法解釈学方法論に関する新たな問題提起がなされ、そこでは、戦後のわが国で、とりわけ民法学界において、支配的な地位を占めつつあったいわゆる利益考量論に根本的な批判が試みられている。私の法解釈学方法論の特徴を際立たせ、明瞭にするために、補論四では、平井説と利益考量論(とりわけ星野説)を極く簡単ながら私の立場から検討しよう。

第二章 私見による手形・小切手法の構造論の概要

1 私見は、まず、抗弁切断の法理を形成するものとしての「仮定的債権の譲渡に対する仮定的債務者の処分権」の概念から出発する。この概念は、ドイツ民法一八五条の明文の規定によって定められている——そしてわが民法上も学説・判例上認められている——無権利者の処分行為にたいする権利者の授權（事前の同意ないし事後の追認）の概念に類するものである。そして第一に、①他に立法例のない、わが民法独特の、指名債権譲渡における債務者の異議なき承諾の制度（民法四六八条一項）および

②独逸民法上の指図の制度（独民法七八三条以下）

（以上、第一グループ）は、このような授權一個に

よって成立するものである。第二に、③独逸商法上

の商人指図証券（独商法三六三条以下）と④独逸商法

上の商人債務証券（同条）および⑤独逸民法上およ

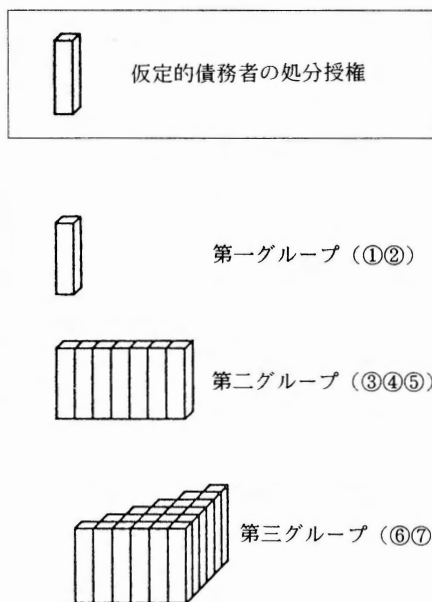
びわが民法上の持参人払債務証券（独民法七九三条

以下、日民法四三八条）（以上、第二グループ）は、

多数の連続した仮定的債権の譲渡に対する、仮定的

債務者の連続的授權によって構成された制度である。

第1図



第三に、⑥約束手形⑦為替手形⑧小切手（以上第三グループ）は、右の第二グループに属する証券の立体的な結合によって成り立つものである。

右に述べたところを比喩的な形で図示したのが第1図である。以上述べたことから推論されることとして、手形・小切手法の説明のためには、先ずその最も端緒的な形態としての第一グループに属する制度（とりわけ独民法上の指図）の説明から始め、次にこれを踏まえて、第二グループに属する諸制度（諸証券）の説明に入り、これを経て最後に第三グループに属する手形法、小切手法の説明に至ることが必要となる。すなわち、複雑な制度をいきなり取り上げるのではなく、それを単純な形の結合した形態として捉えることによって、単純な形の説明から次第に複雑なものの説明へと進めることが必要なのである。

従来、わが国ではドイツにおけると異って「手形・小切手法」という表現は、かような名を冠する法律は存在しないから、学問的には不正確だとして、「手形法・小切手法」という表現が多く用いられたようである。しかし私は右の第三グループに属する諸制度が共通の構造を有することにかんがみて、これらを総称するものとして「手形・小切手法」の語を用いてよいと考える。

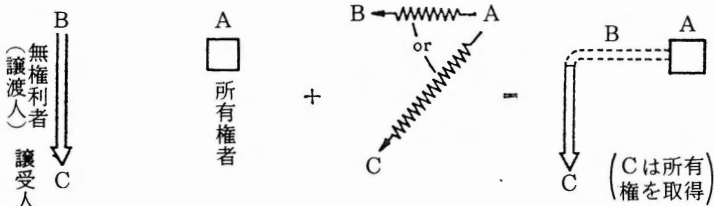
2 第2図は、右に述べたように独逸民法上明文で定められ、わが民法上も学説上認められている、無権利者の処分行為に対する権利者の授權（本来の処分授權と呼ぶ）を図示する。無権利者の譲渡と権利者の授權とが結合した効果として、譲渡人は権利を取得すること、また、権利を失った授權者は譲渡人に対して求償権を取得することが示されている。

3 第3図は、これと対比しつつ、仮定的債権の譲渡に対する仮定的債務者の処分授權（事前の同意もしくは事後の追認）を図示する。仮定的債権（実際には存在しない債権）の譲渡とそれに対する仮定的債務者の授權とが結合し

手形法における参加・複本・謄本（安達）

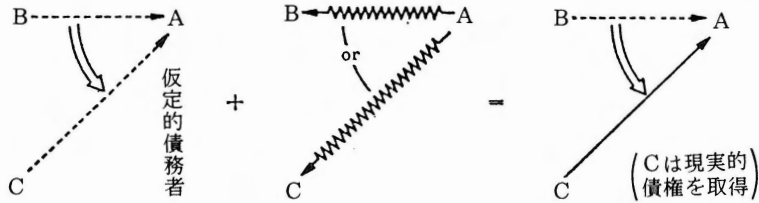
第 2 図

無権利者の譲渡 + 本来の処分授權 = その効果

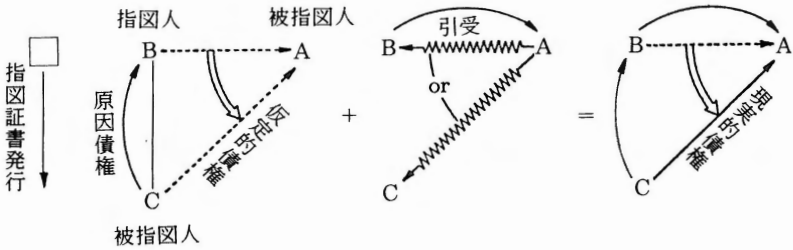


第 3 図

仮定的債権の譲渡 + 仮定的債務者の処分授權 = その効果



第 4 図



た効果として、譲渡人は仮定的債務者（Ⅱ授權者）に対して——譲渡される仮定的債権の範囲・内容と授權の範囲・内容が一致する限りで——現実的債権を取得する。そしてその支払によって、債務者（Ⅱ授權者）は譲渡人に対して求償権を取得する。

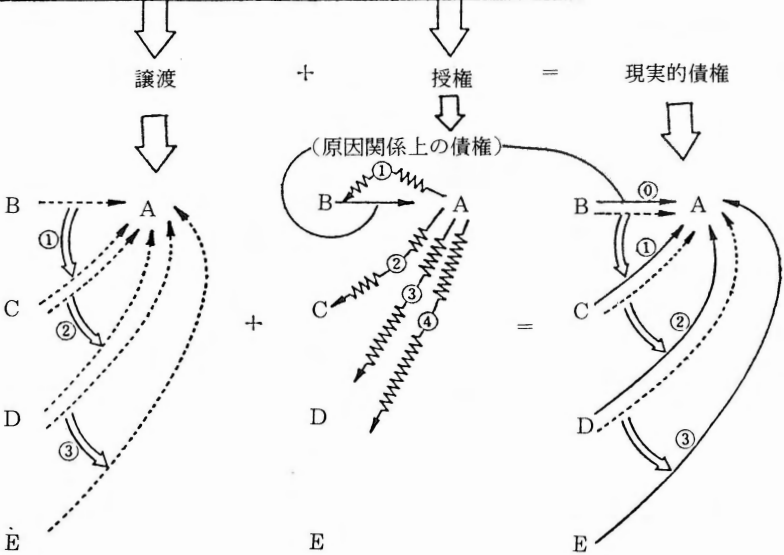
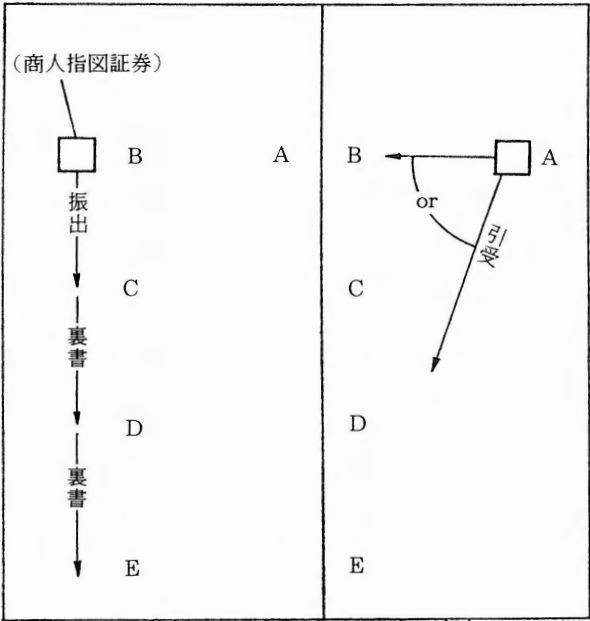
4 第4図は、独逸民法上の指図の法律關係を示したものである。指図人Bの受取人Cに対する受領授權として從來説明されている關係は、私見では、指図人Bから受取人Cへの、被指図人Aを仮定的債務者とする仮定的債権の譲渡である。そして、引受は、仮定的債務者（被指図人）Aの授權であり、譲渡と授權の結合の効果として、受取人Cは現実的債権を取得するに至る。なお、被指図人Aが引受を経ずに引受人に指図金額を支払ったときも、その支払の中には、その前提としての黙示的な形での引受が含まれていると解し、引受を経た支払と同様に扱うことになる。

被指図人Aが引受を経もしくは経ずして指図受取人Cに支払うと、指図人Bに対して求償権を取得するが、この求償権は、被指図人Aが指図人Bに対して原因債務（資金關係上の債務）を負っているときは、これと相殺され、共に消滅する。なお引受（右述の黙示的な引受を含む）は、通常、右の原因債務の存在を前提にして、その支払のためになされることが多いから、引受（黙示的なそれを含む）がなされたときは、それに見合った原因債務の存在が推定される。また、指図人Bから受取人Cへの指図（証書）の発行は原因債務（對価關係上の債務）の存在を前提とし、その支払のためになされることが多い。このとき被指図人Aが指図受取人Cに支払うと、右の原因債務も同時に消滅する。

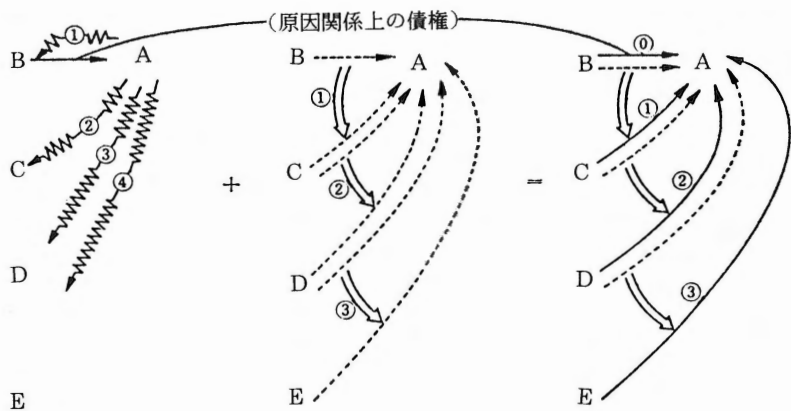
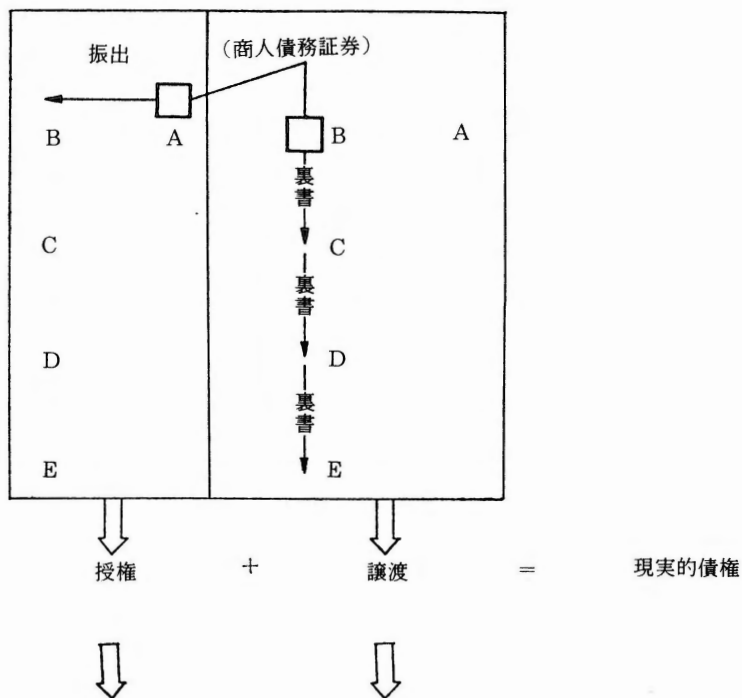
5 第5図は、独逸商法上の商人指図証券が、いかなる意味で、連統的な仮定的債権の譲渡（Ⅱ発行とそれに続く裏書）に対する仮定的債務者（Ⅱ被指図人）の連統的授權（Ⅱ引受）から成り立っているか、またいかにして被指図人の引受により、受取人と各被裏書人は、夫々被指図人に対する現実的債権を取得するかを示したものである。

第 5 図

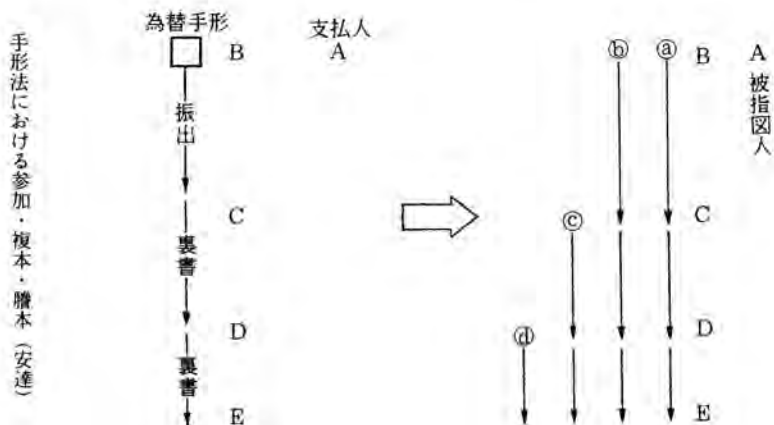
手形法における参加・複本・謄本（安達）



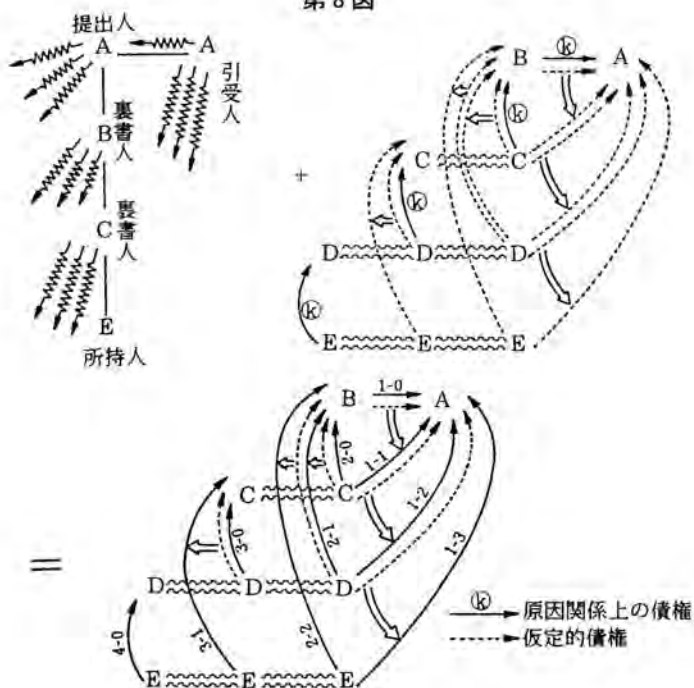
第 6 図



第7図



第8図



すなわち被指図人Aのなす引受には①②③……の授権が含まれている。他方、BC間の発行、CD間の裏書、DE間の裏書……はそれぞれ仮定的債権の譲渡①②③……である。右の同一番号のものが結合することによって現実債権①②③……が発生することになる。

これらの現実的債権は、被指図人Aが現所持人Eに支払うことによって一挙に消滅するが、その経緯を述べよう。AがEに支払うとAはDに求償権を取得するが、これとDの現実的債権②が相殺により消滅する。これはあたかもAがDに②の現実的債権を支払ったのと同じ意味を有する。したがってその結果AはCに求償権を取得する。これとCの現実的債権①が相殺により消滅し、その結果AはBに求償権を取得する。これとAのBに対する原因債務（資金関係上の債務）が相殺によって消滅する。かくしてAのEへの支払により、AのBに対する原因債務を含めて全債務が消滅する（なお被指図人Aが引受を経ずに支払うときも黙示的な引受＝連続的授権を認むべきである。またBC間の発行、CD間あるいはDE間の裏書は原因債務（対価関係上の債務）の支払のためになされることが多いが、被指図人Aが現所持人Eへ支払うとこれらの債務も一挙に消滅するのはいうまでもない）。

6 第6図は、独逸商法上の商人債務証券において、仮定的債権の連続的な譲渡（＝連続する裏書）に対し、仮定的債務者（＝振出人）の連続的授権が、証券の振出という形で事前になされている関係を示している。そして第5図との対比によって、商人指図証券と商人債務証券が全く同一の構造を有することが示される。

7 第7図は、為替手形の振出と裏書が、商人債務証券と商人指図証券の結合によって構成される関係を示したものである。

(1) すなわちAを支払人とする為替手形をBからCへ振出す行為は、第一に、BからCへの商人債務証券(b)の発行

の意味と、第二に、これによりBがCに負担する債務の支払および担保のために、Aを被指図人とする商人指図証券(a)をBがCに対して発行する意味を有する。そしてCからDへの為替手形の裏書は、第一に、Cによる同じ内容の新たな商人債務証券(c)の発行の意味と、第二に、それによりCが負担する債務の支払および担保のために(a)(b)両証券を譲渡する意味を有する。同様に、DからEへの裏書は、第一にDによる同じ内容の商人債務証券(d)の発行の意味と、第二に、それによってDが負担する債務の支払および担保のために、(a)(b)(c)の各証券をEに譲渡する意味を有する。

(2) 第8図は、為替手形において、第7図で示した関係から生じるところの、仮定的債権の連続的譲渡とそれに対する連続的授權の結合の効果として、受取人および各被裏書人のところで、各手形行為者に対する現実的債権が合同的に生じる関係を具体的に示している。そして支払人の所持人への支払により、資金関係上の債務を含め、すべての現実的債務が一举に消滅する所以を、また、遡求義務者が受戻によって、元の地位に復帰する所以を、説明している。すなわちまず、第8図上段左に示されているように、Aは証券(a)の引受により、またBは証券(b)の発行により、Cは証券(c)の発行により、Dは証券(d)の発行によってそれぞれ連続的授權を行うが、これと上段右に示されている各仮定的債権の譲渡が結合する結果、下段に示されているように各現実的債権が発生する。その際Cは(2-10)の債権(原因債権)の支払及び担保のために(1-2)と(2-1)の現実的債権を取得する。Dは(3-10)の債権(原因債権)の支払及び担保のために(1-3)と(2-2)の現実的債権を取得する。またEは(4-10)の債権(原因債権)の支払及び担保のために、(1-3)(2-2)(3-1)の各現実的債権を取得する。

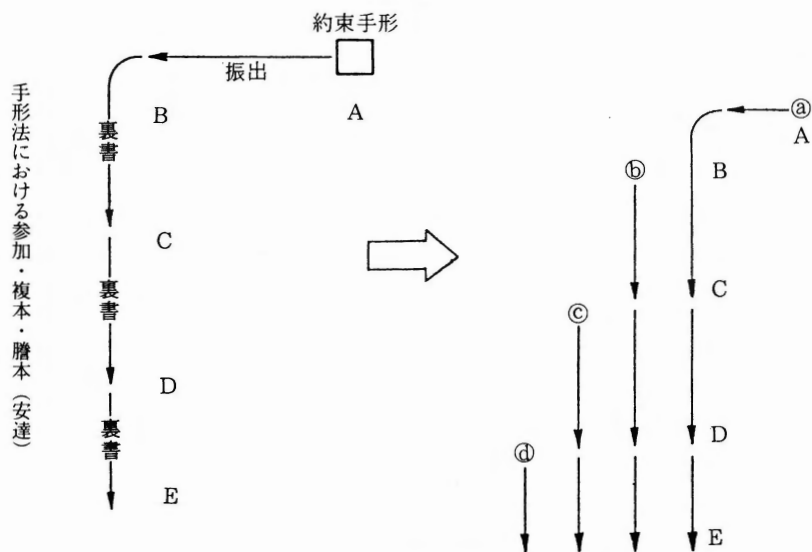
(3) ここで「担保のために」という意味は、被担保債権の取立を確実にするためにの意味であるが、これに加うるに「支払のために」という意味は——単に担保のためならば、債権者はまず被担保債権を行使し、その支払が拒まれ

たときに二次的に担保たる債権を行使することになるはずだが——債権者は原則として被担保債権と担保たる債権のいずれを先に行使してもよい、但しその例外として、支払人たるAに対しては、まず第一に請求し、その支払いの拒まれたときに、他の債務者に請求すべきである、という順序が定められていることを意味している（このような順序が定められる根拠は、終局的には、当事者の証券発行ないし裏書の際の意思による）。

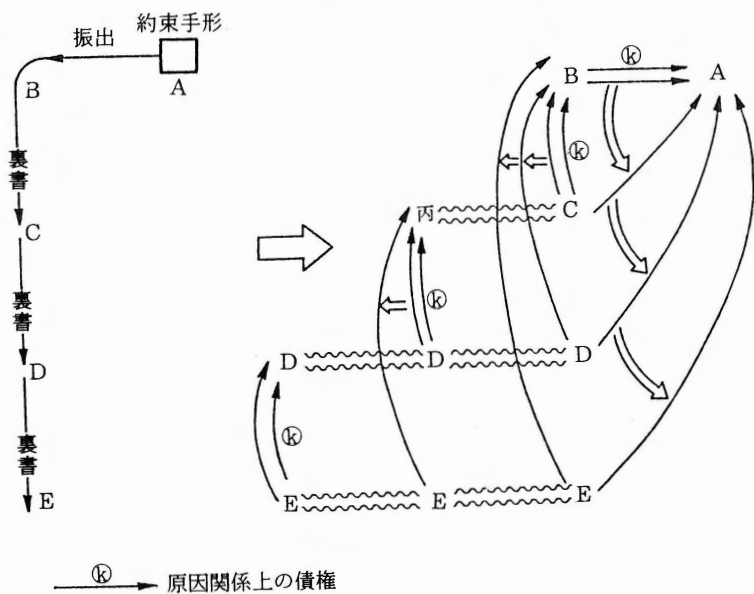
(4) ところでAがEに(1-3)の債務を支払うとEは満足を得るから、同時に(2-3)と(3-1)の各債権も消滅する。AのEに対する支払の結果、AはDに求償権を取得し、これとDの(1-2)の債権が相殺により消滅する。それはAが(1-2)の債務を支払ったと同様の意味をもつから、その結果Dの有する(2-1)と(3-1)の債権が消滅する。それとともにAのDに対する(1-2)の債務の支払の結果、AはCに求償権を取得する。これと(1-1)の債権が相殺されて消滅する。その結果、右に述べたと同様にして(2-1)の債権が消滅し、他方、AはBに求償権を取得するが、これと(1-1)の債務（資金関係上の債務）が消滅する。かくしてAがEに支払うと原因関係上の債務を含めて全債務が一挙に消滅する。

(5) つぎに、DがEに対する遡求義務(4-1)（これは私見の構成では実質的には原因債務にはかならない）を支払うと、Eは満足を得るから、(1-3)(2-2)(3-1)の各債権も同時に消滅する。その結果、Dは、もとの地位に復帰し、(1-2)(2-1)(3-1)の各現実的債権を行使することが可能となる。同様にして、CがEに支払ったときも、EとDの有する各現実的債権は消滅するから、Cはもとの地位に復帰し、(1-1)(2-1)の各現実的債権を行使しうることになる。Bが支払ったときも同様に、Bはもとの地位に復帰して、(1-1)の債権（原因債権）を行使しうることとなる。

第 9 図



第 10 図



(6) なお、前述のように所持人Eは、まず支払人Aに呈示して支払を求め、それが拒絶されたときにB・C・D(すなわちいわゆる遡求義務者)に請求すべきことになるが、支払人Aへの請求については一定の期間(すなわち支払呈示期間)内になすべきことが要求されており、それを懈怠しなかったことを拒絶証書によって立証しない限り、B・C・Dに対する遡求権を失うことになる。その根拠は、私見によれば次のように説明される。すなわちもしEが支払呈示期間にAに支払呈示していれば、Aは支払ったであろう。その結果、B・C・Dは債務を免れたであろう。かかる推測を前提とし、Eが支払呈示期間内の呈示を怠ったときも、B・C・Dは右と同じ地位をEに主張することができ、その結果遡求義務を免れうることになる、と。(以上のことと関連して手続懈怠の際の利得償還請求権(手形法八五条)が問題になるが、これについては前掲拙稿「利得償還請求権の構造」を参照されたい。)

8 第9図は、約束手形の振出と裏書が、商人債務証券の結合として捉えられることを示している。

すなわち、約束手形のAによる振出は、Aによる同じ内容(金額・満期・履行場所など)の商人債務証券(a)の発行と同じであり、BからCへの約束手形の裏書譲渡は、第一に、Bによる、同じ内容の商人債務証券(b)の発行の意味を有するとともに、第二に、(b)の発行により生ずる債務の支払および担保のために、Aにより既に発行されている商人債務証券(a)をCに譲渡するという意味を有する。また、CからDへの裏書は、Cによる同じ内容の新たな商人債務証券(c)の発行の意味と、それによる債務の支払および担保のために、(a)(b)両証券をDに譲渡するという意味と、あわせて二つの意味を有する。以下同様である。

そして第10図は、約束手形において、第9図で示された関係から生じるところの仮定的債権の連続的譲渡と連続的授權の結合により、夫々の被裏書人のところで各手形行為者に対する現実的債権が合同的に発生する関係を示すが、

この関係は、為替手形の場合と全く変わらないことがそれによって示されている。したがって振出人Aが現所持人Eに支払うことによって原因債務を含めた全債務が一挙に消滅すること、また遡求義務者たるDあるいはCあるいはBがEに支払うと、いずれも元の地位に復帰することも為替手形におけると同様である。

9 おわりに手形における抗弁切断と善意取得について簡単に説明しておこう。

(1) 抗弁切断については、第一グループに属する独民法上の指図にも、その端緒的な形態においてあらわれるが、ここでは約束手形の原型となるべき、第二グループに属する商人債務証券について先ず見ていくことにしよう(第6図参照)。前述したように、下段の右端の現実的債権①は、下段左端の授権①と下段中央の仮定的債権の譲渡①の結合の効果として生じる。したがってAのなす発行Ⅱ連続授権(その中に授権①は含まれる)が無効であれば現実的債権①も無効となる。ところで発行者AはBに対して原因債務(◎)を負っていることを前提に、その支払のために発行するのが普通である。したがってそのような場合、それがたまたま不存在あるいは無効だったとき、Aの発行Ⅱ連続授権は動機の錯誤により無効となると解すべきである。しかし被裏書人Cが証券の取得の際にAの錯誤につき善意で無重過失のとき、AはCに対してその無効を主張しえない。したがってCに対する関係では連続的授権は有効と看做され、Cは現実的債権①を有効に取得しうる(DやEは善意悪意を問わず、右の反射的效果として保護される)。なおCがAの原因債務(◎)の不存在や無効について悪意であったときは、Aの錯誤自身について仮りに善意だったとしても重過失があったと認定すべきであろう(原因債務が無効なのにAが敢えて発行することは稀なケースだから、Cがその原因債務の無効を知ったなら、錯誤による発行ではないかとの疑を持つべきは当然だからである)。CがAの原因債務の無効について重過失であったときは、悪意の場合に準じて扱うべきである。なお、発行者AがBに対す

る原因債務が無いにも拘らず、BのCに対する債務（原因債務）を保証する目的で敢えてBに発行する場合がありうる。このときはAの発行には何等の意思表示の無効原因は存在しない。したがってこのときはCの善意悪意は問題とならない。この場合のAの発行は融通手形の振出と同じ性質をもつ。

なお為替手形の原型としての第二グループの商人指図証券（第5図参照）を見ておこう。被指図人Aが資金関係上の債務（㉔）が存在すると誤信して引受＝連続的授權をなしたとき——もしその引受がAからBへの証券の発行の前に既になされていたならば、前述の商人債務証券の場合と全然同一に扱ってよいが、引受が受取人Cもしくは被裏書人Dになされたときは——Aの引受は動機の錯誤により無効だが、CやDが善意無重過失なら、AはCやD（およびその後の取得者）に対して引受の無効を主張しえなくなる。

(2) 約束手形の原形としての商人債務証券によって善意取得を説明しよう。第6図のCD間の裏書が無効だったとする（Cの裏書がDに対する原因債務の支払及び担保のためになされていたとき、その不存在や無効は、裏書＝仮定の債権の譲渡の無効を惹起すると解する（有因説）。このときDは現実的債権②を取得しえない。したがってDはAに請求しえない。（したがって後の取得者Eも——たといDE間の譲渡③自体は有効でも、現実的債権②の不存在にともなって、その有効な存在を前提とする授權③も無効となると解すべきだから——現実的債権③を取得しえない）しかし後の取得者Eが善意無重過失のとき、E（及びその後の取得者）は保護され、Eに対する関係ではCD間の裏書は有効と看做される。その結果Eは現実的債権③を取得することとなる。

③ 約束手形や為替手形における抗弁切断と善意取得は以上述べたところに準じて考察すればよい。第10図の約束手形の場合、CからDへの裏書について原因債務が無効だったとすると、DはA・B・Cに対して現実的債権を取得

しえないが、善意無重過失のEは、善意取得と抗弁切断の両法理の適用の結果、A・B・C・(D)に対する現実的債権を取得する。なおCからDへの裏書が窃取者Dにより偽造されていたときは、善意無重過失のEは善意取得の保護を受けてAとBに対する現実的債権を取得するが、被偽造者Cに対しては——抗弁切断の法理は帰責事由のないCの保護のために制限されるから——現実的債権を取得しえない。またEが悪意重過失のときは、手形行為独立の原則が悪意者にも適用されるかの問題を生じる。これについては前述拙稿「手形行為独立の原則と権利の分属に関する試論」を参照されたい。

10 無担保裏書、白地式裏書、期限後裏書、戻裏書などの特殊裏書および原因関係、利得償還請求権、第三者方払手形、白地手形などの私見による構成については、前掲拙稿「新白地手形法論」、および「手形法上の利得償還請求権の構造」で論及しているが、ここでは省略する。なお、いわゆる手形行為独立の原則は、第7図と第9図で説明した手形の構造自体から導かれる。

第三章 予備支払人と参加引受・参加支払

一 概説

予備支払人と参加引受人の地位につき、多くの学者は従来、為替手形の支払人ないし引受人との間の共通性を否定する傾向にある（後述九参照）。しかし私はその機能は別として、その法的性格に関しては、予備支払人は、あたかも為替手形における支払人と同様に、仮定的債務者であり、予備支払人による参加引受は、支払人による引受と同様に、

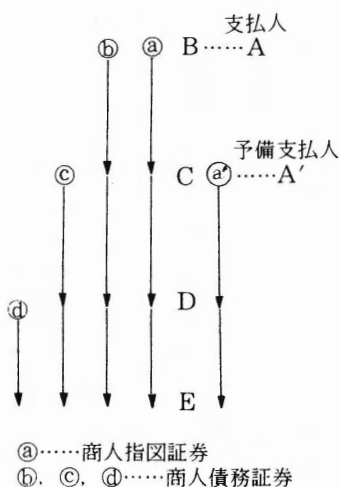
仮定的債務者の連続的授權であつて、基本的に共通した性格を有すると考える。また予備支払人以外の者の参加引受は、所持人がそれを承諾することによって成立するが（五六条三項）、この場合の参加引受人は、あたかも右のごとき参加引受をなした予備支払人に準じる地位を法によって付与されたもの、と解する。

以下具体的な事例によって説明しよう。

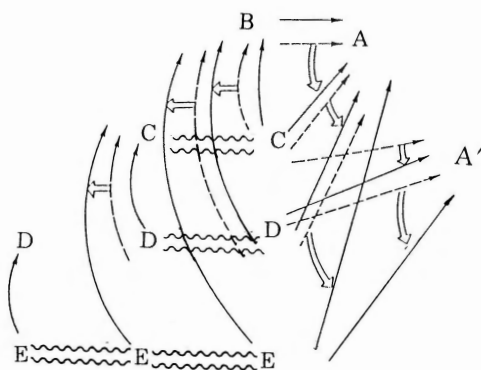
二 予備支払人の地位概説と予備支払人の支払の効果

(1) Aを支払人とする為替手形をBがCに振出し、CはこれをDに裏書譲渡するにあたってA'を予備支払人として記

第 11 図



第 12 図



載した（Cを予備支払人指定者という）。DはこれをEに裏書譲渡したとしよう。この関係は私見によれば次のようになる。すなわち、CはDへの裏書を通して発行する商人債務証券(c)の支払および担保のために、証券(a)および証券(b)を譲渡するが、しかしそれだけでなく、Aを支払人とする商人指図証券(a')を、同じく証券(c)の支払および担保のためにDに発行する。そしてDからEへの右の為替手形の裏書譲渡は、DによってEに発行される証券(d)の支払および担保のために証券(a)(b)(c)および(a')を譲渡することになる。この関係を図示したのが第11図と第12図である。

もともと第12図においては、支払人Aが引受け、予備支払人A'もまた参加引受した関係を示している。Aが引受けた結果として、C、D、Eがその前者から譲受けていたAに対する各仮定的債権が現実的債権となり、またA'が参加引受した結果として、D・EがA'に対して夫々の前者から取得していた各仮定的債権は現実的債権となる（A'の参加引受もAの引受と同様に、手形の所持人によって呈示された手形に参加引受の署名をすることによってなされる。また同様に、参加引受署名を経ずに支払がなされる場合、支払の黙示的な前提として参加引受の意思表示がなされる）。このように、A'の参加引受の結果、A'はC（被参加人）と同じ内容の債務を所持人EおよびD（被参加人より後の裏書人）に負う（五八条一項）が、A'の債務についても手形行為独立の原則は当てはまる。

(2) 支払人（＝引受人）Aが所持人Eに支払うと第12図のすべての現実的債務は消滅する（つまりAがEに支払うことによって、Eは満足をえるから、EのB、C、D、E、A'に対する各債権は消滅する。他方AはEへの支払の結果、Dに対する求償権を取得し、それがAのDに対する債務と相殺されて消滅する。相殺の結果、AはDに支払ったと同様な関係を生じる。その結果Dの有する各債権（DのA'に対する債権を含めて）は消滅する。以下同様に、C・Bの有する各債権が消滅する）。

つぎに、予備支払人（参加引受人） A' がEに支払うとどうなるか。Eは満足をえて、Eの $A' \cdot A \cdot B \cdot C \cdot D$ に対する各債権は消滅する。 A' はEに弁済した結果、Dに対して求償権を取得し、これが A' のDに対する債務と相殺される。その結果、 A' はDに弁済したと同様な関係を生じるから、Dの $A \cdot B \cdot C$ に対する各債権も消滅する。他方 A' はDへの弁済の効果として、Cに対して求償権を取得する。この求償権を実行するために、 A' はCの有する $A \cdot B$ に対する権利をCに代位して行使しうる。この関係が手形法六三条に定める参加支払人の権利の実質的根拠である（同条は「参加支払人ハ、被参加人及び其ノ者ノ為替手形上の債務者ニ対シ為替手形ヨリ生ズル権利ヲ取得ス」と定める）。この関係は手形保証人の求償権に関する三二条二項と類似するが、その実質的な根拠も両者に共通している（その法的根拠については、前掲拙稿「手形法上の利得償還請求権の構造」志林八六巻一号五〇頁註68で詳論している）。

三 予備支払人への支払呈示

所持人は、既述のとおり、元来、支払をえるについては、その順序としては、第一に支払人Aに支払呈示し、それが拒絶されたときに第二次的に遡求義務者に請求することになるが、遡求義務者相互の間ではいずれを先にしてもよい（その根拠については二章7(3)参照）。しかし予備支払人が記載されている場合にはこの点について特別に扱われる。第12図の場合についていうと、EがBに遡求するについてはAの支払拒絶を拒絶証書によって証明することによってなしうるが、しかしEがCおよびDに遡求するについては、そのほかさらに、Eが A' に支払呈示し、 A' によって支払が拒絶されること（そしてこれを拒絶証書によって立証すること）が必要となる。

なお後述のように、CがDに裏書するにあたってBを予備支払人と記載することも可能だが、この場合には、Eは、 $A \cdot B$ の順序で支払呈示し、いずれも支払拒絶されたときに、CもしくはDに——そのいずれを先にしてもよい——

遡求しうる。もしCの裏書にあたりA'が予備支払人として記載されただけでなく、さらにDの裏書にあたつてA'が予備支払人として記載されたときは、EがDに遡求するためには、EはまずAに支払呈示し、それが拒絶されたあと、Aに支払呈示し、それも拒絶されたときさらにA'に支払呈示し、それもまた拒絶されはじめてなしうる（もちろん夫々の支払拒絶証書によつて証明されなければならない）。

以上のような請求の順序に関する規定の実質的根拠は、終局的には、当事者の意思に依存するといつてよい。

ところで所持人が支払人Aに支払呈示し、支払拒絶証書を作成するについては一定の期間が定められており、それを怠ると所持人は遡求権を喪失することは既に述べた（一章二七(6)参照）。予備支払人の記載があるときに所持人が予備支払人に支払呈示するについても、同様な定めがなされている。すなわち、第12図のEがBに対する遡求権を保全するためにはAに適時に支払呈示し、適時に支払拒絶証書を作成するだけでよいが、EがCとDに対する遡求権を保全するためには、そのほかに、Eが適時に（いわゆる拒絶証書作成期間の翌日までに）A'に支払呈示し、かつ支払拒絶証書を作成することが必要である（六〇条一項）。これを怠ると、EはC、Dに対する遡求権を失う（手形法六〇条一項）。この法律関係の実質的根拠も、一般的な遡求権保全の要件としての支払人Aに対する支払呈示の場合に準じて考察すべきであろう。すなわちEがもし適時にA'に支払呈示していたならばA'は支払つたであろうという推測が成り立つ。ところがA'が支払つていたとすると、CとDとは遡求義務を免れたはずであるから、実際には適時な呈示が怠られたときも、それと同様な地位を——適時の呈示を怠ったEの不利益において——CとDとに与えるのが公平に合致する。このような理由から、法は、CとDの遡求義務の免脱の効果を生ぜしめたと考えてよく（六〇条二項）、その限りで正当といえる。しかし通説はさらに、Eは参加引受人たるA'に対する債権をも失うと解する（升本・伊沢・竹

田・大隅・河本。その法的根拠としては、参加引受人(A)は所持人(E)及び被参加人(C)より後の裏書人(D)に対して被参加人(C)と同一の義務を負う旨の手形法五八条一項を援用する。しかし同条は義務の内容の同一性のみを定め、その存続には関係しない。毛戸「統一手形法論」三三〇頁は同条を批判する。しかしながらかく解すべき実質的根拠は存しないと思う。それはあたかも、所持人が支払人(Ⅱ引受人)に対して適時の呈示を怠っても、引受人の債務は免除されないと同様、に解してよいからである。(手形法六〇条二項も、前掲のように、参加引受人の債務の免除については明文で規定していない)。

また、手形法六〇条二項は前述のように予備支払人を記載した者(C)も——その後の裏書人(D)のみならず——遡求義務を免れるとするが、疑問である。というのは、A'がもしEに払っていたとせば、たしかにCは遡求義務を免れたはずではあるけれども、しかしCは他面においてA'に対して償還義務を負担したはずである(そのため前述のように、六三条一項は、A'がEに支払ったとき、CはA'に対して手形上の義務を負担すると定めているのである)。

Eが適時に呈示した場合と同じ地位をCに付与すべきだとするなら、右の点を考慮することによってCはEに対して遡求義務を免れないとするのが妥当であろう。このように解釈することは、予備支配人や参加引受人やその他の第三者の参加支払を所持人が拒んだ場合の効果に関する手形法六一条(これについては後述七参照)とも調和している。

〔補説〕六〇条二項の立法理由に関して、毛戸「統一手形法論」(昭和九年)は次のように説明する。すなわち現行手形法(昭和八年施行)のもととなった統一手形法の成立の過程で、その初期の原案としての意味をもって作られたハーグ統一法仮案(一九二二年)六九条と七一条は、手続きの欠缺による免責者の範囲を被参加人又は予備支払人指定者の後者に限ったが、その後作られたハーグ規則(一九三〇年)及び統一法は、被参加人又は予備支払人指定者をも免責させることにした。たしかに、これら

の者は、たとい参加人や予備支払人が支払った場合でもその責を免れないから、ハーグ仮案のようにするのも一理ないわけではない。しかし(イ)振出人は往往支払人に資金を供せず予備支払人に之を供することがある(ハーグ第二議事録二卷八八頁)(ロ)参加支払人は「概ね好意上より被参加人のために参加支払をなすものであって被参加人に対し苛酷の態度を執ることはなからう(つまり参加支払をした後に被参加人に求償権を行使することはしないであらう(引用者)から」本統一法のように被参加人又は予備支払人指定者をも免責せしめるのが正当である、と。

思うに、右の(ロ)の点は、理由に値する理由といえるか疑問である。(イ)の理由については(なお引用文の事例では被参加人が為替手形の振出人である場合が想定されていると考えられる)、結局、予備支払人の地位を為替手形の支払人と同様な地位にあるものとして捉えようとする考えが基礎にあると推測される。ただし、為替手形の所持人は適時な呈示を怠ると、振出人を含めて遡求義務者はすべて遡求義務を免れるからである(手形法五三条)。

予備支払人の地位は支払人の地位と基本的に共通すると解する私見の立場からは、この問題を掘り下げて検討する必要がある。そのためには利得償還請求権の問題と関連させて考察することが必要であろう。

利得償還請求権の性質に関しては、前項拙稿「利得償還請求権の構造」で述べているように、私はその発生原因によって區別してこれを捉うるべきであると考えている。

手続き懈怠によって生じる利得償還請求権の性質について、さしあたって為替手形を例にとつて考察しよう。もし適時な呈示がなされていれば支配人は支払っていたであろう、その結果遡求義務は消滅したであろう、と推測される。このことを前提に、所持人が適時の呈示を怠ったとき、為替手形の振出人を含めて遡求義務者はさような所持人に対して遡求義務の消滅を対抗しうる。しかし他方で、もし適時の呈示によって支配人の支払がなされたとすれば、振出人は、振出人に対して保有していた資金関係上の債権も失ったはずであるから、これをそのまま遡求義務を免れた振出人に保持させるのは片手落ちとなる。したがって公平をはかるために、所持人は振出人に遡求権を行使しえなくなる代わりに——利得償還請求権にもとづいて——資金関係

上の債権を譲り受けることができる。その際、所持人は手形と引換えに右債権を譲り受けることになる。また資金関係上の債権が存在のときについては、もし適時の呈示にもとづいて支払人が所持人に支払っていたとせば、振出人は遡求義務を免れた代わりに、支払人に対して償還義務を負うに至ったはずである。したがって振出人は手続き懈怠を理由に遡求義務を免れる代わりに、右の償還義務と同じ内容の債務を所持人に負うとしなければならない。所持人の立場からすると、所持人は振出人に対して遡求権を失う代りに、——利得償還請求権によって——振出人に対して事実上遡求権と同じ内容の債権をあらためて取得することになる（前掲拙稿・志林八六卷一号一四頁）。

以上、手続き懈怠の場合の利得償還請求権に関し、為替手形の支払人・振出人・所持人の関係を説明したが、右と基本的に共通した関係が、手続き懈怠のときの予備支払人・被参加人ないし予備支払人記載者・所持人の関係にも当てはまることになる。前掲第12図の場合について説明しよう。所持人Eが予備支払人A'に対する適時の支払呈示を怠った（但しAに対する適時の呈示はなされたとする）とき、①A'がCに資金関係上の債務を負っていた場合と②負っていなかった場合にわけて考察する必要があるが、まずその前提として、所持人EがA'に適時の呈示をなし、その結果A'が支払った場合の法律関係を①と②について考察しなければならぬ。まず①のときにはC・Dは遡求義務を免れ、A'はCに対する資金関係上の債務を免れる。CはA'から手形の引渡を受けて、B'に対し遡求権を行使しうる。A'が引受済ならばA'にも請求しうる。つぎに②のときには、C・Dは遡求義務を免れるが、A'はCに償還請求権を取得する。そして前述のようにこの償還請求権の取立のために、CがB（および引受人A）に対して有する手形上の権利を代位行使しうる。

以上の関係を前提にして、EがA'に対する適時の呈示を怠ったときの法律関係を更めて考察すると、①の場合には、EがCに遡求権を行使するとき、Cがこれを免れるためには、Cは、A'に対して有する資金関係上の債権をEに譲渡しなければならぬ。勿論EはCに遡求権を行使することなく、したがって右の資金関係上の債権を譲り受けることなく、B'に対する遡求権を（またA'が引受けていればA'に対する請求権も）行使してもよい。ところでEがCに遡求権を行使し、その支払を得る代わりに、A'に対

する資金関係上の債権を譲り受けたとする。(なおB(および引受人A)が無資力のときは、Eにとってこのような選択は有利となる。)このときCはAに対する資金関係上の債権の譲渡と引換えにEから手形を受け戻し、B(およびA)に対して手形上の債権を行使しうる。②の場合には、Dは遡及義務を免れるが、Cは免れない。Bおよび引受人Aも債務を免れない。

以上、利得償還請求権の法理と関連させつつ、①と②にわけて考察したが、実際には②の場合が多いのはいうまでもない。そして前述の六三条一項および六一一条は②の場合を予想して作られた規定であるのに対し、六〇条二項は、①の場合をも考慮して作られた規定だといってよいと思う。

四 予備支払人への引受呈示

為替手形の支払人が引受を拒絶した場合には、満期前の遡求権が発生するが、この関係を踏まえ、これと密接に関連した問題として予備支払人の参加引受拒絶をめぐる問題がある。

第12図において所持人EがAに引受呈示したが引受を拒絶されたとき、これを引受拒絶証書によって証明することによって、EはBに対して満期前の遡求権を取得する(もっとも私見によれば、後述するようにこの関係は、Eが予めBに対して取得していた現実的債権を満期前に行使しうるに至るという関係であり、権利発生の問題ではない)。ところがEがCおよびD(一般的にいえば予備支払人を記載した者およびその後の裏書人)に対して、Aの引受拒絶を理由に満期前遡求をするためには、(すなわち同図におけるEが満期前にCおよびDに対する債権を行使するためには)そのほかに、EがAに参加引受のための引受呈示をなし、それが拒絶され、そしてそのことを参加引受拒絶証書によって証明することが必要である(五六条の二項)。

右のような法律関係を生じる実質的根拠を考えよう。元来、引受拒絶を理由として満期前の遡求が認められる根拠

は、私見によれば、為替手形の振出を通して振出人によって発行される商人指図証券が、同じく為替手形の振出を通して振出人によって発行される商人債務証券の支払および担保のために発行され、そしてその商人指図証券が、その後の為替手形の裏書を通して発行される夫々の商人債務証券の支払および担保のために、為替手形の裏書のたびに譲渡されることにある（二章7参照）。つまり、支払人Aが引受を拒絶することによって右の商人指図証券が確定的に担保としての価値を失うに至るので、被担保債権の債務者（B・C・D）は期限の利益を失い（日民一三七条三号参照）、その結果、所持人は満期前の遡求権を行使しうるに至るのである。

ところで第12図の事例において、前述したように、CがDへの裏書に際してAを予備支払人と記載することは、私見によれば、前述のように、CがAを被指図人とする商人指図証券を発行する意義を有するが、それは、Cの裏書を通してCが発行する商人指図証券の支払および担保のために発行される。そしてそれはまた、DからEへの裏書を通してDによって発行される商人債務証券の支払および担保のためにDからEに譲渡される。予備支払人Aが参加引受を拒絶することによって、被担保債務たるC・Dの債務（＝遡求義務）については右の担保の目的が確定的に失われる反面、Aが参加引受することは担保としての右の商人指図証券の価値が確定的に確保されるという意味をもつ。ところで、支払人Aが引受を拒絶したときでも、——それによって被担保債務たるB・C・Dのために担保価値の喪失を生じるが——Aが参加引受をすることによって、被担保債務に相当するCおよびDの債務については、担保の価値が追加され、あるいは補充されることになる。そのためにBおよびCは期限の利益を保持することができる。かようにして、Eは——たといAが引受を拒絶していても——Aの参加引受によって、CおよびDに対しては満期前の遡求をなしえなくなるわけである。（だからEがBに遡求するためにはAの引受拒絶だけで足りるが、C・Dに遡求する

ためには、そのほかにA'の参加引受拒絶を必要とする。このようにして予備支払人A'の参加引受は、予備支払人を記載した被参加人とその後者に対する関係では、あたかも支払人Aの支払拒絶による、遡求義務についての担保価値の喪失を、補充する意味を有しているわけである。

五 予備支払人となりうる者

予備支払人を記載して予備支払指定者（被参加人）になりうる者は遡求義務者であるが、予備支払人になりうる者は誰でもよい。もつとも引受人を予備支払人とすることは事実上無意味である。その意味で引受人を予備支払人となしえない（五五条三項）。支払人を予備支払人することはできる。すなわち第12図のA'がAと同一人格のときAは、支払人としての引受（もしくは支払）は拒むが、参加支払人としての参加引受（もしくは参加支払）は拒まないことはありうる。いずれの資格で引受けあるいは支払をなすかによって、求償権に関する法律関係に差異を生じることが勿論である。

また第12図においてA'がBと同一人格だということもありうる。この場合、前述したように、EはAおよびA'（B）が支払を拒んだときにはじめて、CおよびDに遡求しうるが、A'（B）が予備支払人として支払ったときでもCに求償しえない。というのは、A'（B）の求償権に対しCは遡求義務者としてのB（A'）に対する反対債権をもって相殺を対抗しうるからである。したがって予備支払人としてA'（B）が支払うことは、結果的に遡求義務者として支払うことと差異を生じない。また、A'（B）が参加引受をしても、その結果、A'（B）が負担する債務は、遡求義務者としてBが負担する債務と実質的に同一である。このことを考慮するならば、Aが引受拒絶をしたときに、A'（B）が参加引受をしたからといって、それによって所持人にとって前述したようなCおよびDの遡求義

務について担保の価値が追加あるいは補充されることにならない。したがってCおよびDに満期前の遡求義務についての期限の利益を保持させることはできない（つまりEは、D、Cに対しても満期前の遡求をなしうる）と解すべきではなからうか。

したがってまたEがA（ \parallel B）に引受呈示することも無意味である。だからAが引受拒絶するなら、EはA（ \parallel B）に呈示しなくてもEはD・Cに満期前遡求をしようと解すべきである。

遡求義務者CがDに裏書するにあたり、自己を予備支払人として記載することも可能である。第12図のA'がCと同一だとしよう。このとき所持人Eは支払に関して、Aに支払呈示して拒絶されると——それによってBに遡求しうるが——そのあとA'（ \parallel C）に遡求権を行使し、A'（ \parallel C）が支払を拒んだときにはじめてDに遡求しうることとなる。このことは前に述べた通りである。ところでCは遡求義務者なのだから右に述べたように、所持人EがA（ \parallel C）に引受呈示することは無意味である。だからEはAに引受呈示して拒絶されたならA'（ \parallel C）に引受呈示しなくてもBのみならず、C・Dに対しても満期前遡求をなしうるのと解すべきである。

六 参加引受をなしうる者

予備支払人と記載されていなかった者でも所持人に対して、特定の遡求義務者たる被参加人のための参加引受の申出をなし、所持人がこれを受諾することによって参加引受が成立する（五六条三項）。その際参加引受人が被参加人を表示して参加引受署名をすることが必要である（五七条 このような、予備支払人にあらざる参加引受人の法的地位は、あたかも、被参加人が予備支払人を記載し、かつその予備支払人が参加引受をなした場合の参加引受人と同じである（五六条三項）。そして右のような参加引受が認められる根拠は、その成立のために当事者の合意（とくに所持人

の承諾）を要件とする以上は、何人の利益をもその意思に反して不当に害することにはならず（なお所持人は参加引受がなされることによって遡求権の行使につき制約をうけることは前述した）、遡求当事者の意思を尊重する制度として妥当であることから、法によって特に容認されたものと考ええる。

予備支払人にあらざる参加引受人の支払についても、予備支払人による支払と同一に解すべきはいうまでもない。なお手形法は、参加引受が有効になるための要件に関して、所持人が満期前に遡求権を有する一切の場合になしうる旨定める（五六条一項）。もっとも通説は遡求権取得前の参加引受も無意味でなく、後に遡求権を取得すれば、その時から有効になると解している。しかしながら満期後の参加引受は無効とするようである（大隅・河本「註訳手形法・小切手法」三六七頁）。しかし有効と認めても特別の不都合を生じないから、かように厳格に解する根拠はなく、満期後の参加引受も、参加人の債務負担の効力を生ぜしめるべきである。参加引受の通常の効力としての、満期前遡求権の発生の阻止の効力は、満期前の参加引受に限られる趣旨の規定だとして同項を解釈したい。

七 参加支払

(1) 所持人の側が予備支払人あるいはそれ以外の参加引受人に支払呈示をなして支払をうける際法律関係については前述した（二(2)参照）。なお予備支払人や参加引受人以外の第三者が特定の遡求義務者・引受人（すなわち被参加人）のために弁済（第三者の弁済（民法四七四条）に相当）をなしたときの法律関係も予備支払人や参加引受人の支払（二(2)参照）に準じて考察すればよい（手形法六三条が適用される）。

(2) ところで満期における支払人Aの支払拒絶という要件が備わる場合で、かつ一定の期間内（手五九条三項）に、予備支払人や参加引受人、またその他の第三者が特定の遡求義務者（すなわち被参加人）のために自ら積極的に所持

人に支払（参加支払という）を申し入れた場合、——また同様に満期前の遡求権が発生した場合で、右と同様な者から一定期間内に支払（参加支払）の申出があった場合にも——所持人は受領を拒むことによって、次にのべるごとき一定の不利をうけるから、事実上受領を強制されることになる（なお例外的に、遡求義務者に当たらない最終的な義務者たる引受人を被参加人とする第三者の参加支払も認められており、所持人が受領を拒むと、同様に一定の不利をうける）。右にいう所持人の不利益とは、要するに、もし所持人が受領を拒まず、支払がなされていたならば、消滅していたであろう遡求義務（引受人を被参加人とするときは、引受人の債務。便宜上以下両者を併せて遡求義務等という。）を、当該遡求義務者等は免れることができ、したがって所持人はそのような遡求権等の権利を失うことになる（手形法六一条）。尤も、仮りに所持人が受領を拒まず、支払がなされていたとすれば、被参加人は支払をなした者（すなわち参加支払人）に対して償還義務を負担したはずである。その内容はもとも被参加人が負担していた遡求義務等の内容となんら異ならない。したがって——仮りに参加支払人が支払った場合に、その参加支払人は被参加人に対して遡求権等を行使しうるとすべきである（手形法六三条）が、——それとともに、所持人が受領を拒んだときも、被参加人自身については、所持人に対して遡求義務等を免れることはできないとするのが正当である（六一条）。通説もさように解している（大隅・河本前掲三七四頁）。

以上のことを第12図によって説明すると、予備支払人Aの、Cを被参加人とする参加支払いの申込にかかわらずEが受領を拒んだときは、EはDに対する遡求権を失うが、C・Bに対する遡求権は失わない。また第三者たるAがBを被参加人とする参加支払の申込をしたのに対してEが拒んだときは、CとDとは遡求義務を免れるが、Bは免れないこととなる。第三者Aが引受人Aを被参加人として参加支払の申込をなしたがEが拒んだとせば、B、C、Dは遡

求義務を免れるが、引受人AのEに対する債務は残存する。

またDがBを被参加人として参加支払の申入をなすことも可能だが、これに対してEが拒むときは、EはCとDに対する遡求権を失う（しかしBに対する遡求権は失わない）。さらにCが自分自身を被参加人として参加支払の申入をなし、Eがこれを拒むと、EはDに対する遡求権を失う（しかしCに対する遡求権は失わない）。

(3) 右の第三者の支払の場合（またその前提としての支払の申出の場合にも）被参加人たる遡求義務者等が何人であるかは、当事者にとって（とりわけ支払をなす者自身にとって）重要な意味をもつ。そこでこれに関し手形法は「参加支払ハ被参加人ヲ表示シテ為替手形ニ為シタル受取ノ記載ニ来リ之ヲ証スルコトヲ要ス。其ノ表示ナキトキハ支払ハ振出人ノ為ニコレヲ為シタルモノト看做ス」と規定する（六二条一項）。

八 約束手形

手形法は為替手形に関する参加支払の規定のみ約束手形に準用している（七七条一項五号）。しかし通説は約束手形についても満期前遡求が認めうる限りにおいて、参加引受の規定も約束手形に準用すべきであると解しているが、正当である。

九 総括

以上、参加をめぐる主要な法律関係を、仮定的債権の譲渡およびそれに対する仮定的債務者の処分授權の概念を用いて説明した。従来の説明と比べて、問題の所在がより明かにされ、同時に、より理解し易くなっていると思うがいかがだろうか。

従来、参加に関する理論的問題として、参加引受の性質につき、それが引受の一種であるか、それとも手形保証に

類似した償還義務の引受であるかが争われた。そして最近では後者の立場をとるものが多い。しかし引受に類似する点を有することは否定できないとされている（竹田「手形法・小切手法」一九〇頁、石井・鴻「手形法・小切手法」三一五頁）。わたくしは参加引受の法的性質とその機能とを分けて論ずべきだと考える。私見では、その法的性質については前述のように、参加引受は仮定的債務者の処分授權たる性質を有する点で引受と共通の性質を有する。しかしその機能に関しては、引受人が（形式上の）最終的義務者であるのと違って、参加引受人は通常、中間的義務者であることを考えると、機能的には中間的義務者たる遡求義務者に、また特に遡求義務者のための手形保証人に類似しているのである（なお参加引受人の債務の時効期間は、それが中間的義務者たることにかんがみて、遡求義務者と同じ扱いを（したがって、また遡求義務者のための手形保証人とも同じ扱いを）なすべきであろう）。

第四章 手形の複本

一 序

複本は一個の手形関係を表示するために複数の証券が作成されている場合であり、その基本的な性格をあえて一つの比喩を用いて表現するならば、一個の貸金債権を表示するために複数の借用証券が作成されている場合と——手形自体が債権証券と類似した点を有している限りにおいて——類似する。手形複本の制度は、為替手形について（および一定の要件をそなえた小切手にも）認められている。これを認める目的は、いうまでもなく、第一に手形証券の喪失にそなえるためである。第二に一複本を支払人の引受をえるために送付しつつ、同時に他の複本を裏書譲渡するこ

とを可能ならしめ、それによって手形の流通を助長するためである（複本の方式については手形法六四条が規定するが詳細は省略）。

二 正常な展開の場合

手形の複本をめぐる法律関係は、それが各別に裏書譲渡されない限り困難な問題を生じない。BがAを支払人とする為替手形をCに振出すにあたり複本Pと複本P'あわせて二個の複本を作成交付したとする。Cは複本P'（送付複本）を引受のために支払人Aに送付し、また複本P（流通複本）をDに裏書譲渡したとしよう。送付複本P'についてAは引受をなしてCに返還し、またはCの代りに保管するXに返還したとする（この段階でAの引受は有効になされ、またCからDへの裏書譲渡も有効になされているから、その結果DはAに対して現実の債権を取得する）。Dは送付複本をCまたは保管者Xから引渡してもらい、両複本を引受人Aに呈示して支払をうける（両複本の呈示はDがその権利を立証する手段である。そしてDは、Dが得ている権利の立証のために——そしてその権利にもとづくいわば従たる権利として——CまたはXに対して、その保持する引受済みの送付複本P'の引渡を請求しうることになる）。

右述のような両複本相互の関係を一種の比喻でいうならば、一通の為替手形の証券の表面と裏書に、振出人の署名をふくめて、同一の記載がなされている場合に、受取人が、表と裏とをはがして二つの紙片となし、一方に引受がなされ、他方に裏書譲渡がなされたあと、被裏書人がこの両者を一片の紙片に貼り合わせて、権利行使するのと類似するといえようか。

三 複本が各別に裏書譲渡された場合

例えば前例で、Cが複本PをDに裏書し、かつ複本P'を（引受を得たうえで、もしくは得ないままで）D'に裏書し

たときには、複雑な法律關係を生じる。というのは、以下に述べる二つの互に両立しにくい法則がここで適用され、両者の調整をはかることが必要となるからである。すなわち、

(1) 第一に、本来からいうと各別に複本を譲り受けた者の間では、最初に譲り受けた者が優先的に前者に対する手形債権を取得し、後の譲受人は取得しえないことになるはずである。その際、後の譲受人が自ら最初の譲受人だと信じて譲り受けたときでも、善意取得の法理を適用して、最初の譲受人の犠牲においてこれを保護することはできないはずである。けだし最初の譲受人の利益との比較考慮上、後の譲受人を優先的に保護すべき事情は何等存しないからである。(したがっていづれが先に譲り受けたかの事実認定が重要な意味をもつ。これについては後述六(1)参照。なお後に見るように、両譲受人が対等な立場で共同債権者になる、との考え方もある(後述六(2)参照)が、私法の一般原則を無視する考え方であり、採用できない。) もっとも、その際、後の譲受人は各別に裏書した裏書人自身に対して遡求権を行使しうることになるはずである(手形法六五条二項前段)。その理論的根拠は手形行為独立の原則の適用の結果である(後に詳述する。なお独立の原則については、前出拙稿「手形行為独立の原則と権利の分属に関する試論参照」。以上のように取り扱うならば、例えば前例においてCは未引受の複本PをDに裏書譲渡した後に、引受済みの複本P'をD'に裏書譲渡した場合、D'の善意悪意を問わずDが優先するから、DはD'に対して複本P'の引渡を求めることができ、そしてCのD'への裏書を抹消したうえで、両複本をAに呈示して支払を求めることになるはずである。(この場合、D'は裏書人としてのCに対して前述のように遡求権を取得していたはずであるから、D'はDに複本P'を返還して手形の所持を失った後にも、これを立証して遡求権を行使しうることになるう(なお後述参照)。

(2) 第二に、しかしながら法は引受のなされている複本の譲渡人を特に保護するための規定を設け、引受人は、さ

ような譲受人に対して責を負うと定めている（六五条一項後段）。したがって前例のD'は保護されて引受人Aに対して請求権を取得することとなる。その結果、DはAに対する権利を取得しえない（もつとも、D'への裏書が、CのDへの裏書の後になされたことを知っていた場合にはD'を保護する必要はなく、D'はAに対して請求権を取得しえないと一般に解されている（大隅・河本前掲三七九頁、伊沢五一七頁）が正当である。このときは本来の原則通りDが優先し、DがD'から複本P'の返還を求め、Aに対する請求権を行使する）。

右に典型的事例によって述べたように、複本が各別に裏書されたときには、本来適用さるべき原則（右(1)）が、引受済みの複本の善意の譲受人保護のための特別規定によって修正される（右(2)）結果、具体的な問題の処理は複雑となる。次にいろいろな場合にわけて具体的に検討しよう。

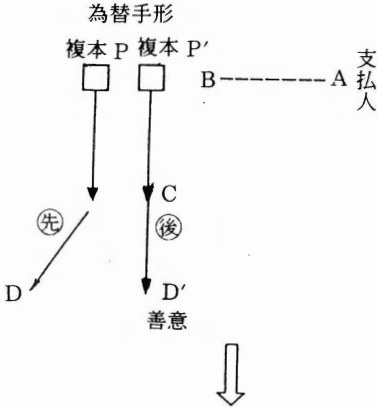
検討すべき各場合を、(1)支払人が両複本に引受けた後、各別に流通におかれたとき、(2)一複本が引受けられ、他は引受未済のまま各別に流通におかれたとき、(3)両複本とも未引受のまま、各別に流通におかれたとき、に分け、かつ右の順序で検討するが、右の各場合において、さらに、各別に譲渡された者の善意悪意にわけて検討することが必要となる。

四 各場合の検討

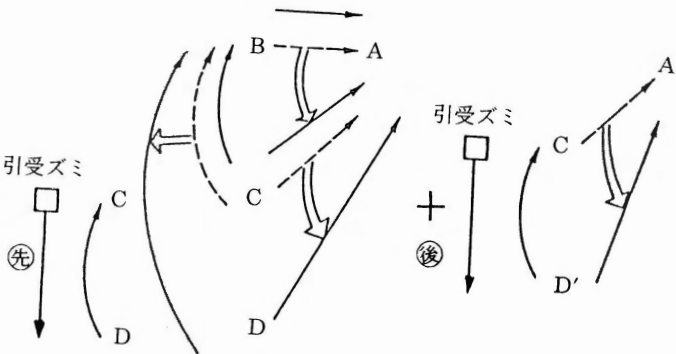
(1) Aを支払人とする為替手形がBからCに振出されるにあたり複本二通が作成交付され、両複本（P、P'）にAが引受けた。そしてCはまずDに複本Pを裏書した後に、D'に複本P'を裏書したとする。

② D'が善意のとき Dが引受人Aおよび振出人（逋求義務者）Bおよび裏書人（逋求義務者）Cに対する債権を取得するのは当然だが、D'も、善意なら、引受人Aに対する債権を取得する。そのほかD'は裏書人Cに対する逋求権

第 13-1 図



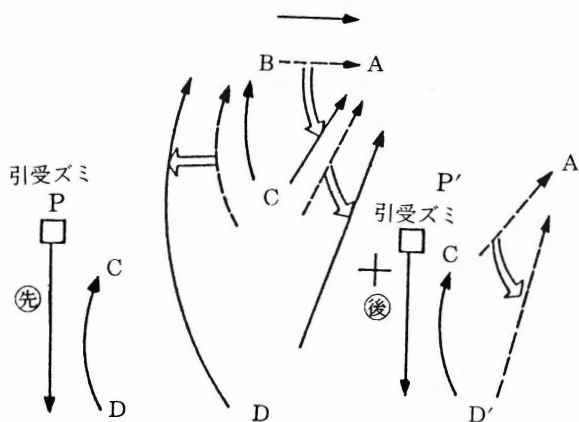
第 13-2 図



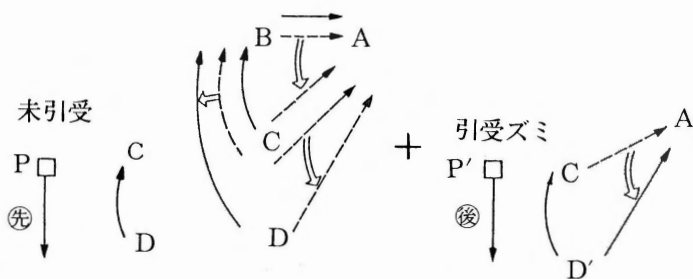
も取得する。これを図示したのが第13図である。その結果、AはDとD'とに二重に払わなければならない。AはDに支払うことによって、Bに対する資金関係上の債務を免れる(13・2図左側参照)。そしてAはD'に支払うことによって、Cに対して求償権を取得する(13・2図右側参照)。もつともD'がDより先にAに支払を求めた場合、Aは、D'を枝岐れの裏書における最初の被裏書人と考えるのが普通である。したがってAが善意でD'に先に払ったとき、Aは、AがDに支払ったときと同様に、Bに対する資金債務を免れると解してよい。同様にして、D'がDより先に——Aの支払拒絶の後に——Bに遡求権を行使したときも、善意で支払ったBはDに支払ったのと同様に遡求義務を免れると解してよい。だからこの場合、Dがその後にAに支払を求めて拒絶されたあとBに遡求しても、Bは重ねて払う必要はなくなる(しかしDはその場合、引受人Aに対する請求権およびCに対する遡求権を失わない)。

⑤ 次にCから各別に裏書をえた後の被裏書人D'が悪意のときは、第14図で示されるようにDの地位は④と同じだが、D'はAに対して請求権を取得しない。しかし、AはD'に支払う義務がないことを知りつつ敢えてD'に支払うと、右側部分で示される仮定的債権の譲渡を黙示的に授權してD'に現実的債務を負い、これを支払ったことになるから、AはCに求償権を取得する(もちろんCのD'に対する遡求義務も消滅する)。またD'がDより先に支払を求めた場合、前述したと同様な問題、つまりAやBはD'を初めの被裏書と信じて支払うという問題を生じる。この結果、Dからすれば、D'が先にAから支払をうけることによって不利をうけるおそれを生じる。これを予め防止するために、DはD'に対して複本P'の引渡を求めると解してよいであろう。Dは複本P'に記載されているCのD'への裏書を抹消して両複本を呈示してAあるいはBに請求しうる(しかしDは複本P'だけを呈示して請求することもできる)。D'が複本P'をDに引渡した場合、D'はCに対する遡求権を立証して——たとい手形は所持しなくても——行使しうる(またD'は

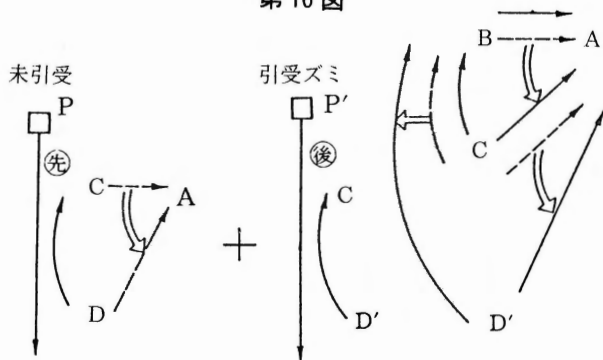
第 14 図



第 15 図



第 16 図



Cに対して、Aを支払人とする為替手形の振出を求めてもよいであろう。第14図右側部分の關係は為替手形の振出と類似した法律關係だからである。これについては前掲拙稿「手形行為の独立と権利の分属に関する試論」志林八一巻三・四合併号八五頁参照。

(2) 受取人Cの所持する二通の複本のうち、複本Pは未引受、複本P'は引受済みであるとする。

(a) Cが未引受複本PをDに裏書した後に、引受済複本P'をD'に裏書したとする。このとき(1)のときと異り、Aは一人の複本所持人にのみ債務を負う。この場合の法律關係もD'の善意と悪意とで異なる。これについてはすでにある程度三(2)でとりあげたが、ここでさらに検討する。

① D'が悪意のときは、DとD'の地位は、前述した所によって第14図と同じになる（もちろん左端「引受済」は「未引受」と読み換える）。なお、D'が引受済複本P'をDに返還せずに所持して、これにもとづいてAに請求しても、Aは支払を拒みうるといわなければならない。しかしAが引受済複本所持人D'を後述②の善意の譲受人あるいは後述(b)の場合のD（先の譲受人）と信じて支払えば、保護されてBに対する資金債務を免れる（このような事態を未然に防ぐため、DはD'から引受済複本の返還を請求しうる）。

② つぎにD'が善意のときは前述のように（三(2)参照）D'は保護されてAに対する請求権を取得し、Dは取得しえない。しかしその際A・Bの地位に関し第15図で示される法律關係を生じるか、それとも第16図のそれになるかが問題である。

15図——これは、D'が悪意の場合（前記①）したがって第14図に示される關係）と比べ、DとD'のそれぞれのAに対する債権の性質（仮定的か現実的か）が第14図と逆になっているほかは、同じである——の場合だと未引受複本

Pの所持人DはAに対しては請求権を有しないが、Aは引受（Pについての引受）を経または経ずにDに払うとAのBに対する資金債務は消滅する。AがDへの支払を拒むと、DはB・Cに遡求しうる。他方DはAに請求しうるが、Aが支払うとAはCに求償しうる。しかしAはBに対する資金債務を免れることはできず、またBの遡求義務もそれによって消滅するに至らない。

これに反し第16図の法律関係においては、引受済み複本所持人D'がAに請求権を有することは第15図と同じだが、ここではAがD'に支払うとAのBに対する資金債務が消滅する。それと同時に、Bの遡求義務も消滅する。Aが未引受複本Pの所持人Dに支払ってもAの資金債務は消滅せず、またDはAの支払拒絶を理由にBに遡求することはできない（Cには遡求しうる）。

第15図と16図のいずれが正当であるか。Aは引受にあたり、Aの所持人への支払がBに対する資金債務を免れる効果を生じることを期待して引受をなすはずであり、Cに対する求償権取得の効果が生じることを期待してなすのではない。この期待を尊重するためには、第16図の関係が生じると解するのが正当である（また、Aは通常、未引受の複本の所持人Dの支払呈示に対しては支払拒絶するのが普通である。けだしもし支払うと、あらためて引受複本の所持人Dに二重払いを余儀なくされるからである。だからBの遡求義務は、D'がAに引受複本を呈示し、Aが支払拒絶したときにはじめて生じさせるのが正当であり、Dが未引受複本を呈示し支払拒絶されても認めるべきではない。この点からいって第16図が正当である）。

(b) (a)の場合とは逆に、Cが引受済み複本Pを先にDに裏書したあとで未引受複本P'をD'に裏書したとする。このときDおよびD'の地位は結果的には、第14図におけると同様である（ただし同図右側の「引受済」を未引受と読み換

える)。このときDの善意と悪意とで差異はない。

以上述べたところから明らかなように(2)の場合には、結局、支払人Aは引受済みの複本の所持人に支払えば資金債務を免れるが、引受未済のその所持人に支払っても資金債務を免れえず、各別の裏書をなした裏書人Cに求償しうるにすぎないから不利を受けることになる。(a)①前段の場合は例外で、引受済謄本の所持人が悪意者であることをAが知りつつあえて支払うならばAはCに求償しうるにすぎない。

(3) 受取人Cの所持する複本二通(P・P')がいずれも未引受とする。そしてCはまずPをDに裏書きし、ついでP'をD'に裏書したとする。

(a) D'が悪意の場合を考える。

① 先の被裏書人Dが正当な被裏書人として、B、Cに対する遡求権を取得する。D'はBに対する遡求権は取得しないがCに対しては取得する。Aが複本Pについて所持人Dの引受呈示に応じて引受けたとすると、DはAに対して現実的債権を取得する。D'の地位は変らない。したがってこのときのDとD'の地位は第14図のそれと同じである(但し同図右側の「引受ズミ」は「未引受」と読み換える)。

② Aが複本P'について引受けたとする。引受の効力は複本Pについて生じ、したがってDはAに対して債権を取得する。この結果、DはD'から複本P'の引渡を求め、CからD'への裏書を抹消して両複本をAに呈示して、支払を受けることができる。D'はCに遡求権を行使しうる。結局、以上の関係は(2)(a)①と同じである。

(b) D'が善意のとき。

① AがDの引受呈示に応じて複本Pに引受けたときは、DとD'の地位は(a)①と同じである。

② AがD'の引受呈示に応じて複本P'に引受けたとき。善意のD'は保護され、AはD'に債務を負う。そしてAはDに対しては債務を負わない。この場合のDおよびD'の地位は、したがって前述(2)(a)②の場合と同じであり、したがって第16図におけるそれと同じである。

(c) なお右の各場合についてAが、複本PもしくはP'の夫々の所持人たるDもしくはD'に引受けた場合の法律關係を検討したが、こゝでいう引受には、正式の引受表示のなされる場合だけでなく、引受を経ない支払の中にふくまれる默示的な引受がなされる場合をも含む。したがって例えば、右(b)②の場合にAが引受を経ずに善意のD'に支払ったときも、D'は正当に受領できる(AはBに対する原因債務を免れる)。DはCに遡求しうるのみである。また(b)①の場合にAがDに支払うとDは正当に受領できD'はCに遡求しうるのみである。したがって(b)の場合(つまりD'が善意のとき)、結果的にはDとD'のうち早く支払をうけた方が勝つということになる。また(a)②の場合には、AがD'に支払ったときで、AがD'を善意の被裏書人もしくは先の被裏書人と信じて支払った場合にはAの信頼は保護されてAはDに支払った場合と同様に扱われ、その結果AはBに対する資金債務を免れうる。しかしD'は受領したものをDに返還しなければならない。

五 複本による権利行使

(1) 前に二で述べた事例のように、Cが流通複本(P)をDに裏書し、他方、Aの引受けを得るためにDの受任者Xに送付複本(P')を送付し、そして送付複本の保管者はXである旨が流通複本に記載されているとしよう。さてDは引受済みの送付複本をXから引渡されると、両複本を呈示してAから請求しうることは前に述べた。しかし、Xが送付複本の返還を拒んだとき、Dは、流通複本のみでAに支払呈示しても、Aは支払に応じないのが普通である。と

いうのは前述のように、もし引受済み送付複本がD以外の者(D')に譲渡され、D'が善意ならばD'が保護され、AはD'の請求を拒みえないため、結局Aは二重弁済の危険を負うことになるからである。そこでXが送付複本の返還を拒むならばDは遡求権を行使することになるが、そのための要件としては、——DがAからの支払をうるために必要な努力を怠らなかつたにも拘らず支払をうけられなかつたということを立証することが必要であるという理由から——流通複本についての支払拒絶証書と、送付複本についての返還拒絶証書を作成し遡求義務者に呈示することが必要となる(手形法六六条二項)。

もっとも、遡求権を行使しうる遡求義務者の範囲に関して、通説は前述の例でいうとCのみでなくてBも(つまり各別に裏書人した裏書人およびその後の裏書人のみでなく、それ以前の振出人や裏書人も)含まれると解するようである(大隅・河本・前掲三八一頁、竹田・手形法・小切手法一九九頁。六六条二項は明言しないが、文言上はさように読みとれる)。しかしわたくしは疑問をもつ。Cに遡求しうるがBにはなしえないと解するのが正当であろう。ただし仮りにもしBに遡求しうるとすると、手形を受戻したBはAに対する資金債権を行使しうるとしなければならぬ。ところが他方、Xが返還を拒んだ送付複本P'についてAが引受をなし、かつ善意の被裏書人D'が存在するかも知れない(Bにとってその存否は不明であり、それが存在しないことを証すべき外形は何等存しない)。もし存在していたとすると前述のようにAはD'に支払義務を負う。そして、AはD'に支払うことによって、Bに対する資金債権を免れる(また、もし資金債権が存在もしくは消滅していればAはBから求償しうることにならざるをえない)。だから、Aとしては、BがDからの遡求権行使に応じて支払ったあとBがAに資金関係上の債権を行使しようとしても拒まざるをえない。かように考えると、結局、BはDの遡求権行使に対して支払を拒みうるとしななければならない(さもなくば

Bを不当に不利に追いやる結果となる。資金債務不存在のときは、Bは二重弁済の危険を負う。なお右のような善意のDが存在しているときのDの地位は前述第16図のDと同じであって、DはCにのみ遡求しうるにすぎない。(ちなみにD(もしくはDから遡求されて受戻したC)は、送付複本の返還を得られないときで、その存否も不明ならば、それについての除権判決を得、そして除権判決と流通複本とをAに呈示し、Aが支払を拒むときにはじめてBに遡求しうると解すべきであろう。たまたま引受済送付複本の善意の取得者Dが存在したにも拘らず公示催告期日までに届出をなさず、そのためにDあるいはCのために除権判決がなされたときは、それにもとづく支払をうけたDあるいはCに対してDから不当利得の返還請求をなしうると解すべきであろう。)

(2) 流通複本に、送付複本の保管者の氏名が記載されていないときは、——流通複本の所持人をして送付複本の保管者の氏名を探索させるのは酷であるから——流通複本の所持人は、流通複本についての拒絶証書だけで遡求権を行使しうる(遡求義務者の範囲は前述したところと異ならない)。(通説・大隅・河本前掲三八〇頁)

〔補説〕 右に論じた遡求権を行使しうる遡求義務者の範囲の問題については、統一手形法の制定の過程で議論があった。毛戸・前掲所三五四頁以下は次のように述べている。

遡求義務者は遡求義務の履行に当たって各通の交付を請求し、もしくは担保を請求することができるとについて、従来、明文で定める立法例は極めて少ない。稀な例として、コスタリカ手形法二二条は、所持人は原則として複本各通を呈示し、また複本の一通が喪失したときは、判決によって其の事実を確定せしめ、かつ引受人の二重払いをなすことを要する場合のために、担保を供するにあらざれば、振出人または裏書人に対して遡求権を行使しえない、と定めていた。統一法制定に至るまでの作業の過程でマイヤー私案(F. Meyer, *Weltwechselrecht*, 1909)、独逸政府案(一九一〇年)、ハーグ仮案(一九一〇年)はそれぞれの段

階で重要な意味をもつものであったが、これらの草案においては次のように規定されていた。すなわち、「複本の数通を同一人に譲渡したる裏書人に対しては、其の各通を返還するに非ざれば遡求権を行使しえず。但し所持人に於て、同裏書人が其の前の裏書人及び振出人に対する遡求権を失いたりした場合の爲め、担保を供するときは此の限りに非ず」と。(なお右但書にいう「同裏書人が其の前者たる裏書人及び振出人に対する遡求権を失う」場合が発生するのは、前述したように、ここである「同裏書人」の遡求義務の支払の後において、引受済みの送付複本の所持人が現れ、引受人に請求して支払がなされた場合に生じる。また、いうまでもないが、「数通を同一人に譲渡したる裏書人」に関する上掲規定は、同様に「数通を同一人に振出した為替手形振出人」にも当てはまるのであり、前述の私の設例はかかる場合であった)。

さて毛戸前掲は、右に続いて次のように述べる。

ところがその後、ハーグ仮案を審議したハーグ第二会議(一九二二年)で、オーストリの委員は遡求をなすに際して総ての複本を要求することは複本の性質に反するとの理由で前述の規定(ハーグ仮案七五條二項)の削除を主張し、ドイツの委員もまた之に賛成して遂に本項は削除せられ(ハーグ第二議事録二卷九五、六頁)統一法もまたこの種の規定を設けなかった、と。

私は前述した理由で右規定の削除は正当でなかったと考えるが、それとともに、解釈によつて右規定の趣旨をとり入れるべきことを主張したい。

(3) 右に述べたところから明らかなように、未引受複本のみの所持人が、支払人から支払をうけたり、その支払拒絶のときに遡求権を行使すること(とくに各別流通する前の遡求義務者に対するそれ)は——少くとも複本の形をとらない普通の手形の場合と比して——困難である(したがって未引受の複本の流通は困難となる。このことはひいては複本の利用自体を阻む原因ともなりうる)。しかし引受済み複本のみの所持人の場合には、それだけで引受人に権利行使し、また支払拒絶のときに遡求権(とりわけ各別流通する前の遡求義務者に対するそれ)を行使することは

——前述したように四(1)(b)のときや四(2)(a)①のときのように悪意の取得者の場合は別として——可能である。右の例外的な場合にも、実際の問題の処理にあたっては、支払を請求される側の引受人ないし遡求義務者の側で、引受済み複本の所持人の無権利を立証し、そしてそのために所持人が各別流通の際における後の取得者なることを立証することとは容易でない(後述(六)参照)。また仮りにそれを立証したとしても、それが悪意の取得者なることを立証することは容易でない。(また四(2)(a)①のとき、引受人や遡求義務者が引受済贖本のみ所持人を先の取得者と信じあるいは善意の取得者と信じて支払うなら、たとえそうでなかったとしても、免責されるから、支払に応じやすい。)その限りにおいて引受済み贖本のみ所持人の権利行使は実際的には、ほとんど例外なしに容易であるといえよう。

尤も、引受済み複本の所持人甲であっても、他にも複本所持人乙がいて、乙が既に支払い人から引受を経または経ずして支払いを受けていたときは、甲は——引受人の支払い拒絶のときに——各別に流通される前の遡求義務者に遡求できなくなり、各別に流通される以後の裏書人にしか遡求できなくなる、という制限がある。ただしAの乙への支払によって、各別に流通される前の遡求義務者の遡求義務者は消滅するからである。

また前述の通説の説くように、複本の所持人は一通の複本だけで——それが未引受複本であっても——各別に流通する前の遡求義務に遡求しうると解するときにも同様な問題を——しかし一層広い範囲で——生じる。ただし一通の複本の所持人乙が、他の一通の複本所持人甲より先に支払人Aから引受を経または経ずして支払を既に受けていたとき、あるいは各別に流通する前の遡求義務者から支払を既に受けていたときは、甲は各別に流通する前の遡求義務者に遡求しえないからである。

したがっていずれの説をとるも——特に私見の場合には引受済みの複本の所持人であっても——複本の全通を入手していない所持人は——複本の発行されていない通常の手形の所持人と比べて相対的に——不安定な地位におかれることになる。しかも複本が全部で何通発行されているかは、各複本に記載される必要がないため、一通の複本の所持人は他に何通の複本が発行されて

いるかを知りえない。これらの事情は、複本の所持人の地位を不安定なものとし、ひいては複本の利用を妨げる重要な原因となりうる。

六 要約と有力説の批判

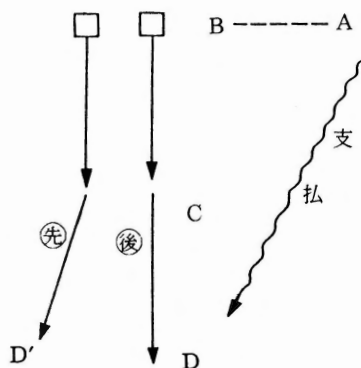
(1) 以上、二通の複本が発行され、かつ、各別の裏書が各一回だけの事例について検討したが、より多数のそれが発行され、また各別の裏書が多数連続する場合もそれに準じて扱ってよい。

なお私見では、前述したように、複本が別々に裏書されたときには、元来、より先に裏書を得た者が、より後の被裏書人に優先すべきだとの原則から出発している。しかし従来の説は必ずしもこのように解せず、先に権利行使した者が優先するとする。このために理論構成の厳密さが失われているように思われる。もっともこのような前後関係の認定は実際には困難である。したがって例えば、前述四(3)の事例（両複本とも未引受の事例）の場合でも、DとD'のいずれが先に裏書をえたかの認定は困難であるから、早く支払呈示もしくは引受呈示して先に支払もしくは引受を得た者が先に裏書された被裏書人として扱われるということが実際には起こりうる（その認定に不利をうける側が事実認定上これを争うことは極めて困難である）。しかし理論構成を厳密にするためには右のような原則から出発することが必要なのである。

(2) ちなみに複本が別々に裏書された場合の法律関係を明確に述べたものとして、大隅・河本前掲書（三七九頁）がある（竹田前掲一九頁・伊沢前掲五一七頁も、根拠づけは明確でないが、結論は同趣旨である）ので紹介して論評しよう。

要約すると――① 支払人A、振出人B、受取人Cの複本手形の一通をCがDに裏書すると、すでに手形債権は完全にその被裏書人Dに移っているのので、残りの複本がCの手許にとどまっても、それはDの所有に属する。だから

第 17 図



ら残りの複本をD'に裏書することは許されない。

⑥しかし違法にD'に裏書すると、DとD'は二重裏書人Cの前者Bに対して共同債権者となるとみるほかない。

⑦右の場合に、支払人Aが一通の所持人たるDに支払うと、それによつてB（一般的にいえば枝別岐れる前の遡求義務者）は義務を免れ、もはや他の所持人たるD'の請求に応じる必要はない。D'はCに遡求するほかない。

⑧もし満期に支払人Aが支払をしないと、DとD'は各自拒絶証書を作成せしめてBに対して各自遡求権を行使しうる。ただしこの関係では各所持人は前述の通り共同債権者（民四二八条）と見られるからである。

⑨この遡求に応じてBがDから受け戻すときは、他の複本所持人D'は、Bに請求できず、Cに対してしか請求できない。

⑩このように、複本が別々に裏書されたときは、数人の取得者の中、先に権利を行使した者が有利という結果になる。

〔論評〕私見の立場では、右の⑥について、DとD'のうち先に譲り受けたDが権利を取得し、D'は取得しない。右の⑦について、Dが先の譲受人でD'が後の譲受人ならば右論述の通りだが、もしD'が先でDが後の譲受人のときは異った扱いを必要とする。以下、第17図で説明すると、

① Dが悪意の（すなわち自ら後の譲受人と知っていた）譲受人のとき（四3(a)②参照）

AのDへの支払の中には私見によれば黙示的な引受が含まれ、したがってAがDの所持する複本に引受けて同時にDに支払ったのと同じ意味をもつ。Dが悪意のときは、AのDへの引受はDの所持する複本への引受の効力をもつから、DがAに対して現実的債権を取得し、Dは取得しなかったことになる。ところがAはDに支払ったことになる。

② したがってこのときAが善意で、つまりDが先の譲受人と信じてDに支払ったとすると、弁済者Aを保護する必要がある、あたかもDが先の譲受人であってこれにAが支払ったのと同じ地位をAに与えるべきである。その結果、AのD'に対する債務は消滅し、またAのBに対する資金関係上の債務も、消滅し、それに伴ってさらにBのD'に対する遡求義務も消滅する。Dの受領はD'に対する関係で不当利得となるから、D'はDにその返還を請求しうる。DはD'にこれを支払うと、Cに遡求権を行使しうる。

③ AのDへの弁済が悪意の弁済のときにはAを保護する必要はないから、AはD'にあらためて弁済しなくてはならない。AがD'に支払ってはじめてAの資金関係上の債務も、Bの遡求義務も消滅する。それでは、AはDへの弁済の無効を主張してDから取返しうるか。悪意の支払の中には、CからDへの複本の裏書の中に含まれているところの、Aを仮定的債務者とする仮定的債権の譲渡に対するAの授權が含まれている、と見るべきではなからうか。そしてその効果としてAがDに負担した現実的債務をAが支払ったことになるから、結局、AはCに求償権を取得しうると解すべきであり、AのDに対する返還請求は認められないことになる。

④ Dが善意の譲受人のとき（四3(b)②参照）

Aの支払の中に黙示的に含まれる引受は、Dの所持する複本に対してなされたことになり、したがってDはAに現

実的債権を取得し、Bへの遡求権も取得する。反対にD'は取得しえない。AはDに対してこのように債務を負い、そしてAのDに対する支払によって同時にこの債務を支払ったことになる。したがってこのときはAの善意悪意は問題にならない。AはDに支払うとAの資金債務は消滅し、Bも遡求義務を免れる。なお、D'はCに対して遡求権を行使しうるのはいうまでもない。

以上、©について各場合にわけて私見を述べたが、事実認定上の実際問題としては、先に支払を求めたDが先に譲り受けたものとして、また少くとも後に譲り受けたにしても善意で譲り受けたとして推定してよいと思われる。そうだとすると結局、先に支払を受けた者が事実上優先する場合が多く、従ってその限りで結果的には前掲©に述べられていることと大差はないこととなる。

④と⑤についていうと、私見では前述のように（五①参照）引受のなされていない複本の所持人がその複本についての支払拒絶証書と他の複本についての引渡拒絶証書によって遡求権を行使する場合、行使される遡求義務の義務者の範囲は各別に裏書した裏書人とそれ以後の裏書人に限られ、それより前の遡求義務者には及ばない。したがって前掲事例のDおよびD'はBに遡求権を行使しえない。DおよびD'は夫々Cに遡求し、そして両複本を受戻したCがBに遡求していくことになる。

以上私見の立場からの前掲事例の処理の仕方を説明したが、いずれにせよ前掲所説が、DとD'を一方で共同債権者（右の⑥④参照）であることを認めつつ、他方で彼等の間で早い者勝ちになるという結論を無造作に導き出しているのは矛盾しており、理論として安易に過ぎるように思われる（DとD'を共同債権者と見ることは、私法の一般法理に反するのではなからうか。前述三①参照）。

第五章 手形の謄本

一 概説

謄本とは手形原本を謄寫したものである。謄本は複本と異つてそれ自体手形たる効力を有するものではない。したがつて随時の手形所持人がこれを作成する権限を有する。例えばAを支払人とする為替手形をBがCに振出した場合、Cは原本を——引受呈示のために——自分で保管したまま、あるいは受寄者Pに保管せしめたまま、その流通をはかるために謄本を作成し、謄本をDに裏書譲渡し、またDはそれをEに裏書譲渡することができ、EがAから支払を受けるについては、Eは原本を保管するCあるいはPから原本の返還を求め、原本と謄本とをAに呈示して、これらと引き換えに支払を受ける。

謄本の基本的性格については、——約束手形が借用証書と多少の類似性を有する限りにおいて——敢えて比喩的にいえば、あたかもBがAに対する貸金債権をCに譲渡するにあたって、借用証書（債権証書）をBが保管したまま借用証書の写しを添付して譲渡証書を作成してCに譲渡し、CはAに支払を求めるにあたって予めBから借用証書の返還を得て、それによって債権の成立を立証し、（また譲渡証書をAに呈示して譲受人たる地位を立証して）Aに請求する關係に類似する。謄本は為替手形のほか、約束手形についても認められる。以下、為替手形を中心に説明しよう。複本には原本に掲げた一切の事項を正確に転寫しなければならぬとされる（六七条二項）。転寫に際して記載を変更させると（例えば金額の変更）、手形の変造を生じる。また謄本にはいわゆる終止文句を書くことが必要であり（六

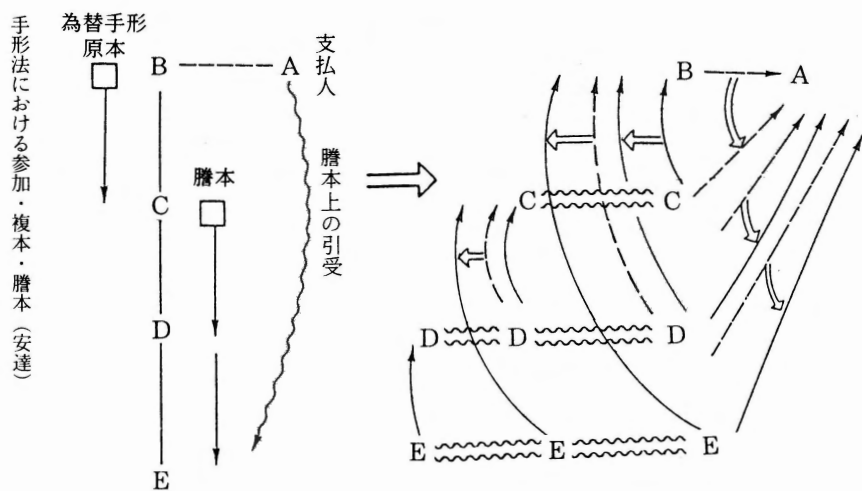
八条三項、これを欠くとき——さらに謄本たることを示す文言も欠くとき——は偽造署名のなされた一種の偽造手形としての性質を有することとなる。

二 謄本の裏書と引受

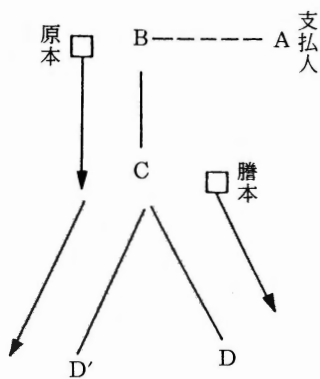
1 謄本の裏書によつて、被裏書人は、あたかも原本の上になされた裏書の場合の被裏書人と同じように、原本上の振出人や裏書人等に対する債権を取得する。その権利にもとづく従たる権利として、原本の保管者たるCあるいはPに対し、原本の返還請求権を有する。この返還請求権の性質は、前に比喩的に述べた、貸金債権の譲受人が、譲渡人に対して有する、その保管する債権証書や、譲渡人がその前者から譲受する際に取得して自ら保管する譲渡証書の返還を請求する権利と類似している。もっとも、ここでは、譲受人は必しも、債権証書や譲渡証書によらなくても他の方法で自己の権利を立証することによつて債権を行使することも可能であるが、手形の謄本の場合には、原本の返還を受けることが権利行使のために必ず必要となるわけである。

2 謄本には、裏書のほかに、原本と同一の方法に従い、且つ同一の効力をもつて裏書または保証を為すことも出来る（手形法六七条三項）。それでは謄本になされた引受は——それが実際になされることは稀であるけれども——いかなる意味をもつであろうか。前記六七条三項および「引受ハ為替手形ニ之ヲ記載スベシ」とする二五条一項を考慮すると、それは原本にされた引受と同じ効力をもちえないことはいうをまたないが（なお原本になされた引受は、謄本の所持人すなわち前例のD、Eに対しても効力を有するからEはAに対して債権を取得することは勿論である）、しかし何等の意味をもたない無効なものであるうか。（従来そのように解しているようである（大隅・河本前掲三八二頁）しかし明言しないものもある（竹田前掲二〇四頁、伊沢前掲五一九頁）。私は、謄本になされた譲渡すなわち仮定的

第 18 図



第 19 図

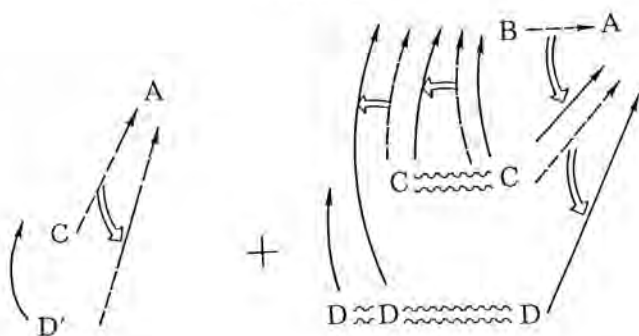


債権の譲渡に対する連続的授權としての意味だけは有する解する。これが原本になされた引受と異なる点は、後者が原本と謄本になされている、振出や裏書すなわち仮定的債権の譲渡のすべてに対する授權の意味をも含むのに対して、前者は限定された譲渡に対する限定された授權であり、すなわち謄本になされた連続的譲渡、仮定的債権の譲渡に対する連続的授權の意味のみを含む点である。前例でAが謄本所持人Eに対し謄本上の引受けをなした場合を第18図は図示している（DとEはAに対し現実的債権を取得するがCは取得しない）。したがって謄本にのみなされる引受は、手形法二九条二項による引受到類似する。というのは私見によれば、後者は、支払人に対する仮定的債権の連続的な譲渡のうちの一部の譲渡のみに対する授權（仮定的債務者たる支払人の処分授權）を意味するからである（同条を便宜上第18図の右端部分を用いて——ここでは謄本の問題をさしおいて——説明すると、支払人Aが所持人Eに二九条二項の方法で引受けると、EのAに対する仮定的債権のみが現実的債権に変わる。また支払人AがCに同条同項の方法で引受けると、CがBから譲り受けた仮定的債権のみが現実的債権に変わる。ちなみにCのAに対する右の現実的債権は、Cが手形を受戻したときにこれを行使しうる）。謄本にのみ引受がなされた場合の具体的法律関係については後述する。また私見では一般に引受を経ない支払も、黙示的な引受を含み、同時にそれによって生じる債務を支払うものと見るが、このことは謄本のみを示しに対する支払にも当てはまる。これについても後述する。

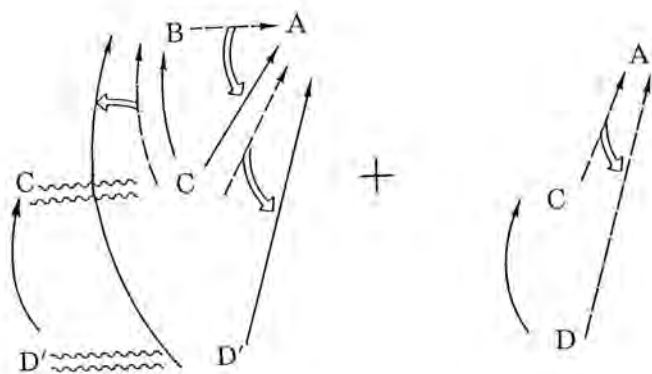
〔補説〕 謄本上になされた引受の効力については、統一法の制定の課程で多少とも議論のあったところである。これを毛戸「統一手形法論」（一五三頁以下）によって紹介しておこう。

元來、大多數の立法例（日本・ドイツ・オーストリー・スイス・ポルトガル・ロシヤ・ベルギー・オランダ・イギリス等）では、引受は手形において為すことを要すと定めるに止まり、謄本による引受については何等規定を設けていなかったから、謄本

第 20 図



第 21 図



手形法における参加・複本・謄本（安達）

による引受は無効だと解釈されていた。わが商法でも同様であった。しかしイタリア・ルーマニア・ベルギー・サンマリノの各法典では明文で贈本における引受を認めていた。統一法制定に至るまでの各段階の各統一法草案は概ね多数立法例に倣った（但し、マイヤー私案 (E. Meijer, *Welchselrecht*, 1909) は贈本による引受を認めていた。尤もハーグ仮案 (一九一二年) では明文で、贈本になした引受を無効としたが、ハーグ規則 (一九三〇年) および統一手形法は明文で定めることはしなかった。その理由は、引受は為替手形に記載してなすべしと定めた規定 (ハーグ規則二四条一項・統一法二五条一項) から当然にさような結論が導かれると考えられたからである。

なお毛戸博士は右のように説明したあと「支払人は原本を一覧して振出人の署名の真偽を確認した上でなければ引受を為すことを得ないから、所持人が贈本を呈示して引受を求め其の拒絶せらるるや遡求権を行ふことを得とするのは不可である。併しながら支払人が任意に贈本に為したる引受を無効とする理由はない。之れイタリヤ法、マイヤー氏私案等が贈本における引受を認むる所以であつて余は之を可と考える。」と説いている。

思うに右の考えは、贈本上の引受の基本的効力（債務負担の効力）自体については、原本になされる引受のそれと同一に扱い、唯だ、引受拒絶による満期前遡求という周辺の問題についてのみ異った扱いをしようとするものであらう。しかし立法の趣旨と制定経緯から考えると、このように引受の基本的効力自体について原本上の引受と同一に扱うことは無理ではなからうか。前述の私見では、引受の債務負担の効力自体についても異なった扱いがなされているのであるから、私見は手形法二五条一項・六七条三項と矛盾しないといえるのではなからうか（私見は、条文の枠を考慮しつつ、当事者の意思をなるべく尊重した解釈を試みているつもりである）。

三 贈本と原本の各別譲渡

贈本に関する問題のうちでとくに難解なのは、原本が贈本と別れて譲渡された場合の法律関係である。

1 前例でCが謄本を作成してDに裏書譲渡しておきながら、Dに原本を裏書譲渡したとしよう。

もつともCが謄本を作成する際に、原本に、いわゆる閉鎖文句を記載しておいたときは、このような事態の生じることを未然に防ぎうる。というのは、このような記載によって、原本の譲渡性がなくなるから、たといCが原本をDに裏書しても無効となるからである（六八条三項）。そして通説は、指名債権譲渡の方法で譲渡したときも無効となると解しているが正当である。このような閉鎖文句が書かれておらず、原本が謄本と別れて譲渡された場合について考察すると（第19図参照）。

⑦ まず、D'が、既に謄本がDに裏書されていることを知りながら、原本の裏書をえたとする。D'は何等権利を取得しない。というのは原本の所持人Cは外形上裏書の連続せる手形の所持人であるが、謄本をDに裏書譲渡することによって、実質的には無権利者であり、無権利者からの被裏書人は善意者でないと権利を取得しえない（手形法十六条二項）からである。したがって真実の権利者であるD（あるいはDからの被裏書人E）はD'に対して原本の返還を請求しうる（そして原本になされたCからD'への裏書を末梢することができる）。ただし、もしD'の手もとに原本をおいておくとしてD'が善意のE'に裏書譲渡することが起こりうる。そして善意のE'は手形法十六条二項により保護され、その結果Dは権利を失うことになるから、速かに取返す必要がある。のみならず、DはAやBに対する権利行使のために原本を所持することが必要だからである。原本の被裏書人のD'（無権利者）が所持しているときにAによって引受がなされると、引受の効力は正当な権利者たる謄本所持者D（ないしE）にも生じることは当然である。（第20図参照）なお私見では、この場合、D'はCに対して、遡求権を取得しているから、手形の所持を失っても、それを立証して遡求権を行使しうる。またCに対してAを支払人とする同一内容の為替手形の振出を請求することもできると解す

る。ただしD'の地位は、あたかもCから、Aを支払人とする為替手形の振出を得たと同様な地位にあるからである。

① しかしD'が善意であれば、D'は一六条二項によって保護され、あたかもCが贖本を発行せずにD'に裏書したときと同じ地位におかれる。その結果、CからDへの贖本による裏書はD'に対する関係では無効となる。

もっとも贖本になされた右裏書は、あたかもAを支払人とする為替手形をCからDに振出すると同様に、Aを仮定的債務者とする仮定的債権の、CからDへの譲渡の意味を含むから、所持人DはAに支払を求め、これが拒絶されたときには、Cに遡求しうる（またDはCに対し、Aを支払人とする為替手形の振出を求めてもよい）と解すべきである（なお後述四末尾第二参照）。なおCが贖本を作成する前にAが原本に引受けていたときについては、原本の善意取得者D'はAに対して現実の債権を取得する。そのために、贖本取得者DはAに対し仮定的債権のみを取得するのはいうまでもない。ただしAに二重に債務を負わせるわけにいかないからである（第21図参照）。

四 贖本による権利行使の方法

1 贖本の所持人が原本の署名者（振出人や裏書人など）に対して、また贖本の署名者（裏書人など）に対して請求する際の手続きを説明するについては、まず法律関係のより簡明な約束手形について第8図を用いて説明することしよう。同図は為替手形を説明する図であるが、約束手形に流用できる。

(1) 原本署名者に対する請求の手続。同図の下の部分について、Aが約束手形の振出人、Bが受取人、Cが被裏書人とし、Cが贖本を作成してDに裏書譲渡し、DがEにさらに裏書譲渡したとしよう。そして原本の保管者はCもしくはCからの受託者たるPである旨が贖本に記載されているとしよう。すると、同図のA・B・C三者の間の関係（但しいうまでもなくA・C間およびB・C間の点線の矢印——仮定的債権——を除く）が原本に表示され、それ以外の

すべての部分は謄本に表示される。すなわち本来一個の紙片（手形）に表示されるべきものが二個の紙片（原本と謄本）に分かれて表示されているわけである。EがAもしくはBに対する手形債権を行使するためには、原本と謄本の両方を呈示し、それと引きかえでのみ支払をうけうる。両者を呈示することによってはじめてEは正当な権利者たることを証明しうるからである。したがってEは原本の保管者CもしくはPから原本の引渡を予め受けることがその前提として必要となる。なおBは逋求義務者であるから、Bに請求するための手続としては、予めAに両者を呈示して支払を求め、支払が拒絶されること（そして原則として支払拒絶証書を作成すること）が必要である。

(2) つぎにEが謄本上の裏書人たるCもしくはDに逋求する手続を検討する。

この場合にもEは原則としてあらかじめ原本と謄本をAに支払呈示し、支払が拒絶されることが必要であり、そしてその前提として、CもしくはPから原本の返還を受けることが必要である。ところが謄本の所持人Eが原本の保管者として記載されているCもしくはPに対して原本の返還を求めたが、CもしくはPがそれに応じない場合には、次のような事態が想定される。

第一に、もともと謄本の作成者Cは原本の存在しないのに、これを詐称して謄本を作成した。あるいは第二に、Cは原本を第三者Dに譲渡したあとで謄本を作成した、あるいは第三に、Cは謄本作成時には原本を所持していたがその後第三者Dに譲渡した（Dは善意者である蓋然性は強い）。

右の第一の場合、原本不存在であり、Aの振出（授権）もBの裏書（授権）も実際には存在しないのだから、第8図のうちの原本の部分（A・B・Cの三者間）は不存在であり、また謄本記載の部分のうち、(1—2)・(1—3)・(2—1)・(2—2)は現実的債権ではなくて仮定的債権のままである。この場合、謄本上の被裏書人Dについては、

C に対する債権（3—0）の担保のために取得したはずの（1—2）・（2—1）の債権は現実的債権でなくて仮定的債権のままであるから、D は——もし D が謄本の現在の所持人なりせば——期待に反する担保の不存在を理由に被担保債権たる（3—0）の満期前の行使を是認さるべきである。現在の所持人は E であるが E についても同じように期待に反する担保の不存在を理由に、被担保債権に相当する（4—0）・（3—1）の満期前の行使が是認さるべきである。第二の場合も原本の有効な現所持人 D' が存するのであるから、原本と謄本とは完全に切りはなされる。したがって第 8 図の原本部分（A・B・C 三者間の部分）は——謄本との関係では——消滅したと同じになる。その結果、第一の場合と同様な関係を生じ、E は C あるいは D に対して満期前の遡求をなしうるとすべきである。第三の場合で D' が善意のときは第二の場合と同じことになるとはいうまでもあるまい。

右に検討したように、以上のいずれの場合にも E は C・D に満期前遡求をなしうるといわなければならない。したがって結局、E は、原本の保管者がその引渡を拒絶するときは、これを拒絶証書によって証明することによって、C もしくは D に対して満期前の遡求をなしうると解すべきことになる。もっとも、C もしくは P が原本の引渡を拒むについては右に述べた三つの理由によるほか、保管者が原本の保管の不注意によりこれを喪失したとか、さらには単純に E を困らせるため拒絶することもありうる。しかしかような理由によるかそれとも前述の三つのいずれかの理由によるかは外観上はわからない。したがって E は——真実には後者の理由によるときであっても——前者の理由によるものとして扱い C もしくは D に対する満期前の遡求をなしうべきである。そして E が C に満期前の遡求をして C が支払った場合、C は——自ら原本の正当な権利者であるならば——原本にもとづく手形上の債権を行使することになる（したがって C や P による原本喪失のときはその危険を C が負担する。なお前述の第三の場合で D' が悪意者のときに

は、D'は謄本の現所持人Eに対しては権利取得を対抗しえず、Eからの返還請求を拒みえない。このことは三1(7)で述べた。

(3) なお原本保管者と記載されているCが、一旦謄本所持人Dに原本を引渡しており、Dがその後、謄本のみをEに裏書譲渡した場合を考えると、謄本の現所持人Eが、Cから原本の引渡を求めてもCは拒絶せざるをえない（既にDに引渡したのであるから）。このときEは拒絶証書を作成してDに満期前の遡求をなしうるが、C自身は、既に原本所持人Dに引渡したことを立証して、Eに対する遡求義務を免れうる。ただし仮りにCがEに遡求義務を負うとするならば、Cから原本の引渡を受けたDが善意の第三者Qに原本を譲渡していたとき（第22図参照）、CはQ（またはその後の取得者）から原本に基いて遡求権を行使されることが起こりえ、その結果、Cは二重に支払わされることになるからである（Cは謄本に基いてEに支払っても、A・Bに請求することはできない。A・Bは原本に基いてQまたはその後の取得者に対して支払義務を負うからである）。Eについて述べたことは、Eから謄本の裏書をえたFにも当てはまることは勿論である。

2 つぎに為替手形の場合を説明する。

謄本に引受がなされたときとなされていないときをわけて検討する必要がある。

Aを支払人とする為替をBがCに振出した。受取人Cは、原本保管者をCもしくはPと記載して謄本を作成し、Dに裏書し、DはEに、EはFにさらに裏書譲渡したとしよう。

(1) 謄本に引受がなされていないとき。

原本に引受がなされているとき、謄本所持人Eが原本引受人Aに請求し、あるいは原本振出人Bに遡求するために

は、原本保管者たるCもしくはPから原本の引渡を受け、原本と謄本を呈示して、それらと引きかえであることが必要である（原本と謄本を呈示してCとDに遡求しうることはいうまでもない）。

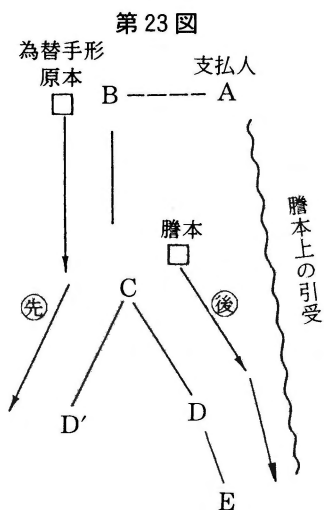
また原本が未引受のとき、Eは原本と謄本をAに引受呈示し、その拒絶のとき、B・C・Dに満期前遡求をなしうる。CもしくはPがEの原本引渡請求を拒んだとき、Eは原本引渡拒絶証書を作成してCおよびDに、満期前の遡求をなしうる。この実質的根拠については約束手形について前述したところと異ならない。

(2) 謄本に引受がなされているとき。

(a) 謄本所持人Eが原本保管者CもしくはPから原本の引渡を受けた場合において

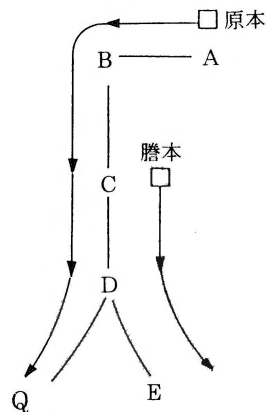
(ア) 原本に引受がなされていれば、Eは原本と謄本を呈示して引受Aに請求しうる（またB・C・Dに遡求権を行使しうる）ことはいうまでもない。

(イ) 原本に引受がなされていないときは、私見によれば第18図に述べた法律関係を生じる。すなわち支払人Aが原本への引受を拒絶したときも、原本と謄本両者の所持人Eは、Aが謄本に引受けていることによってAに対する現実的債権を取得しているのだから、B・C・Dに対する満期前遡求権を行使しえない（もし謄本への引受を無意味なものとする通説の立場をとるならば、このときEは満期前遡求をなしうるはずである）。右のEが謄本引受人Aに請求してAが支払ったとき、第18図で説明すると、Eが満足をうけることによってEのB・C・Dに対する債権は消滅する。他方、AはDに求償権を取得し、これがDのAに対する現実的債権と相殺されて消滅する。その結果Dは満足を得たと同様の地位におかれるから、DのB・Cに対する債権は消滅する。他方AはCに求償権を取得する。同図が示すようにCはAに対する現実的債権を取得していないから（取得はAの原本引受によってのみ生じる）、Aは右求償

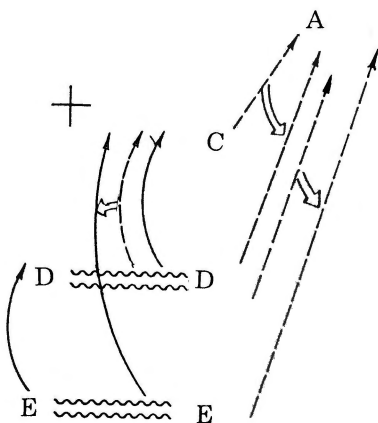
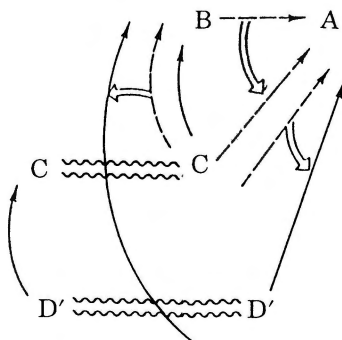


第 22 図

約束手形



第 24 図



権を原本と謄本の両者と引きかえに行使しうる。Cはこの原本手形にもとづいてBに遡求することになる。もっともEが引受のなされていない原本と引受済み謄本を呈示してAに請求したときAが何等保留を付さずに支払えば、その支払の中には原本の黙示的な引受が含まれると解するべきであり、したがってAの支払によって、A・B・C・Dの各債務が原因債務を含めてすべて消滅すると解すべきであろう（したがって結局、前段に述べた関係は、実際には、AがEへの支払に際して、原本の引受の趣旨を含まない支払である旨の留保をつけた場合に限られることとなる）。

(b) EがCもしくはPに原本の引渡を請求したが拒絶されたとき

このときEは謄本引受人Aに現実的債権を取得して、謄本のみによってこれを行使しうるように見えるがそうではない。EはCとDに対して満期前遡求権を行使しうるにすぎない。その理由は次の通りである。

CもしくはPがEに原本の引渡を拒絶する理由は、前述したように（四一(2)参照）原本が、謄本作成前にDに譲渡されているか、あるいはその作成後に善意無重過失のDに譲渡されているためである蓋然性が強い。そしてこのような原本の正当な取得者たるDが存在しているとき——そしてその結果謄本の所持人Eが原本上の権利の取得をDに對抗しえないとき——は、謄本上になされたAの引受は原本について生じると解すべきである（第23図、第24図参照）。

もっともAの引受が謄本になされたに過ぎないのであるから、その引受は制限的効力しか有せず、第24図左部分のB・C間の仮定的債権譲渡に対する授權は含まず、その後の譲渡（C・D間、D・E間……）に対する授權のみが含まれると解すべきである。ただしAは謄本に引受をなすにあたり、謄本が原本と別々に流通することを予想せず、謄本の流通は、原本の流通に代わるものと考え、したがって謄本への引受は原本への引受（但し右の意味での制限的引受）としての効力を生じさせるのが、当事者とりわけAの意思に合致するからである。したがってこのときは謄本の所持人E

は贖本引受人Aに対しては現実的債権を取得しえず（原本の正当な所持人が取得する）、したがってそれを行使しえないといわなければならない（なお、Cが為替手形の受取人たることを詐称してその贖本を作成したような場合（前述1(2)参照）にも引受済みの贖本所持人Eは贖本引受人Aに現実的債権を取得しえないといわなければならない）。したがってAもまた、そのようなEの請求を拒むべきである（Aがこれにも拘らず支払ったときの法律関係については、後述3(3)末尾参照）。なお右のような原本の正当な所持人Dは引受のなされた贖本の所持人Eに贖本の返還を請求し、原本と贖本をAに呈示し（それによってAによる贖本の引受を証明し）て支払を求めうると解すべきであろう。そしてかようにして贖本の所持を失うに至ったEは、この事情を立証してDとCに遡求権を行使しうると解すべきであろう（この関係は前述三1(4)の關係に類似する。したがってEはCとDに対し、Aを支払人とする新たな為替手形のCによる振出とDの裏書を請求することもできると解すべきであろう）。

もっとも原本の正当な所持人Dが引受済みの贖本所持人Eにその返還を求めるより前に、贖本所持人Eが原本の返還拒絶を理由にD・Cに満期前の遡求権を行使することは、——あたかも引受のなされていない贖本の所持人が原本の返還を拒絶されたときに贖本の裏書人に遡求しうると同様に——可能であるといわなければならない（Eが右のごとくD・Cに遡求権を行使した後に、原本の正当所持人Dは、右事情を立証してAに請求しうることとなる）。

3 (1) 以上述べたところから明らかになったように、私見では為替手形の贖本上の引受は無意味ではなく、一種の引受としての効力を有するが、それは原本上になされる普通の引受と比して、二重の意味で、効力の制限された引受である。第一に——贖本の所持人が原本の引渡をうけるという正常な展開の場合について——引受（仮定的債務者の処分授權）の効力は、贖本についてなされる譲渡（仮定的債権譲渡）の部分についてしか生じない。第二に——贖本

と原本が別個に流通におかれた場合について——贖本上の引受（授權）の効力は、原本の譲渡ないし所持人について生じ、贖本の譲渡ないし所持人について生じない。以上のように極めて制限された効力しか有しない。しかしだからといって贖本上の引受を無意味な行為と見るべきではないであろう。（学説の状況については前に二・二に述べたが、支配的見解は、贖本上の引受を無意味なものとする。）

(2) 尤も、私見でも例外的に、贖本と原本が別々に流通におかれたことを知りつつ支払人Aが敢えて贖本に引受をなしたときは、——その際のAの意思解釈を根拠に——その引受は原本には何等効力を生ぜず、専ら贖本にのみ効力を生じる（したがって前例のAは贖本上の連続的な仮定的債権の譲渡に授權したことになるから前例のEはAに現実的債権を取得し、AがEに支払うと、AはCに求償権を行使する）と解すべき余地がある。

とりわけ為替手形の支払人Aがその原本の所持人Dに支払をなしたあとで、贖本の所持人Eに対して贖本上に引受けた場合には、Aが原本と贖本が別々に流通におかれたことを知って贖本上に引受をなしたことは明らかであるから、その引受には贖本上の連続的な仮定的債権の譲渡に対する授權の趣旨のみが含まれていると解すべきであり、その結果、AはEに支払い義務を負うとともに、AはEに支払うとCに求償権を取得することになる。Aが原本の正当な所持人Dに支払ったあとで、贖本所持人Eに、引受を経ずに支払ったときも（その支払いには黙示的な贖本上の引受が含まれているから）、右と同様に、AはCに求償権を取得することになる。

さらに、Aが原本と贖本とが別々に譲渡されたことを知らずに贖本上の引受をしたときでも（なおその引受は原本について効力を生じるから、原本の正当な所持人DがAに現実的債権を取得しうることは前述した通りであるが）、Aがその後、その贖本のみ所持人Eに敢えて支払うと、Aは贖本が原本と別々に譲渡されたことを覚悟の上で支払

ったものと解してよいから、あたかも別々に譲渡されたことを知ったうえで支払ったときと同じく、Aは謄本上の仮定的債権の連続的な譲渡に黙示的な引受をなし、かつ同時に支払ったものと解すべきであり、したがってAはCに求償権を取得すると解すべきであろう。同じことは、Aが謄本上に引受をなさずに、直接に謄本のみの所持人Eに支払ったときにも当てはまる。すなわち右の支払いの中に含まれる黙示的な引受は、謄本上の連続的な仮定的債権の譲渡に対する授權のみを含み、原本上の連続的な譲渡に対する授權を含まない。したがって原本の正当な所持人DはAに対して現実的債権を取得しないと、AはEへ支払った結果、Cに対して求償権を取得することになると解すべきであろう。

以上に述べたように、謄本と原本とが別々に譲渡された場合について、私見では、謄本上の引受（あるいは謄本のみの支払）が、原本と独立に謄本上の仮定的債権の連続的な譲渡に対する授權のみの意味を有する事例があることを認める。ところで右に述べた諸事例の場合につき、謄本上の引受を無効とする前述の通説は、いかに説明するであろうか。例えばAが、原本の所持人Dに支払った後に謄本の所持人Eに引受を経または経ずして支払ったとき、その支払いを無効と解するのであるか（Aが無効と知りつつ支払ったときに民法七〇五条の悪意の非債弁済の規定が適用されることになるのであろうか）。また謄本上の引受に原本上の引受と同一の効果を与えようとする前述の少数説の立場からは、右諸事例をいかに説明し、いかなる解決を与えることになるであろうか。説明は極めて困難であろう。

4 以上述べたように謄本所持人は原本保管者に対して原本の引渡請求権を有し、その拒絶の場合には引渡拒絶証書を作成することによって謄本上の裏書人（また手形保証人）に遡求権を行使することが可能となる。ところで原本の保管者が何人であるかが謄本上に記載されていないときは何人を保管者として扱うべきかが問題となる。

学説は多岐にわかれ ④返還拒絶証書を作成しえないから遡求権を行使しえないとする説（松本・田中（耕）・石井）
 ⑤拒絶証書を作成せずに遡求権を行使しうるとする説（岡野・大橋） ⑥真の保持者を探索して拒絶証書を作成すべく、探索できないときは遡求できないとする説（山尾・伊沢・田中（誠）） ⑦贓本上の第一裏書人を保持者と看做すべしとする説（升本）などがある。

おもに贓本の裏書人は——その被裏書人の権利行使には原本の所持が必要なことにかんがみて——元来、裏書にあたり所持人のために原本の保管者を明定しておくべき義務があるといわなければならない。これを怠った裏書人をして贓本所持人の犠牲において遡求義務を免れしめたり、また所持人をして保管者を探索せしめるといふごとき過大な負担を所持人に負わせるのは不当である。したがって(a)説も(c)説もとれない。保管者としては贓本上に表示されていない人でも、保管者である蓋然性の、もしくはその人の責任で別の人に保管させている蓋然性の強い人で、しかも贓本上その名が表示されている人があればこれを保管者と看做すのが——裏書人と所持人の利益の調整をはかるものとして——適當である。かかる理由で①説に加担したい。(⑤説は贓本上の裏書人の前述したような責任を重視するもので、相当な根拠はあるが、裏書人の負担を過重にする嫌いがあるから④説に劣る。)

五 本節のむすび

贓本をめぐる法律関係は、とりわけ原本が贓本発行後に贓本と別々に流通におかれたとき、複雑である。さらに為替手形の場合に、その贓本上に支払人が引受けたとき、それを無意味なものとせず、一定の限度で原本への引受けに類する効力を与えるべきだとする私見の立場に立つと、為替手形の贓本と原本が別々に流通におかれたときの法律関係は一層複雑となる（このことは贓本上の引受に原本の引受と同じ効力を与える説をとっても同じであるが）。仮

定的債務者の処分授權の概念によって手形・小切手法を新たに再構成して捉える私見の立場をもってするならば、右の問題も比較的容易にかつ明確に説明しうること、今までの検討によって示したのではなからうか。

第六章 補論——方法論

第一章で述べたように、私の手形法理論は私の法学方法論と密接に関連している。そこで私の「特異な」手形法理論をよりよく理解して頂くために補論の形で、私がかつてドイツで発表した「手形・小切手法の一般理論」の中で述べている「方法論について」(zur Methode)の節と、これと関連する「本論文の出发点と目的」(Die Ausgangslage und das Ziel der Arbeit)の節をそれぞれ以下の補論二と補論一に訳出することにする。また第一章で述べた趣旨に従って、K・ラレンツとE・ヴォルフの著者から、イエーリンクの「構成法学」ないし「博物学的(自然的)法学方法論」に関して言及した部分を以下の補論三に訳出することにする。

補論 一 本論文の出发点と目的 (翻訳)

1 手形・小切手法は、複雑な法的諸規範の一つの体系を形作っている。古くからこの法領域を統一的に、矛盾のないように、そして理解しやすいように体系化しようとする試みがなされた。^(原注1) その際、手形行為が常に手形・小切手法の体系の核と見なされた。手形・小切手法に関する様々な理論は、したがって手形行為を中心において論じられており、その性質を説明しようと努めてきた。時が経つにつれて、相互に顕著な対立を示す二つの基本的な立場が作ら

れてきた。それがすなわち契約説と創造説である。両見解の鋭い対立は、しかし今日では広い範囲で克服されている。現在では、中間的な諸理論が、特にいわゆる権利外観理論が優勢となっている。そのために、理論上の争いは、一般の見解によれば、今日では実際的にはもはや殆ど無意味なものとなっているとされる。手形・小切手法に関する近時の権威ある著書の一つの中で次のように述べられているのは注目に値しよう。すなわち「有価証券理論の意義はしかしながら過大に評価してはならない。決定的なのは特定の理論ではなくて、取引の必要性なのである」と。^(原注2)

このような見解の背後に、吾人は一種の社会学的法律学を、また他面においては過度な構成的法律学 (konstruktive Jurisprudenz) に対する嫌悪の存在を推測しうるであらう。^(原注3)

(原注1) Thöl, Handelsrecht, Zweiter Band, 4. Aufl., Leipzig 1876, § 97, S. 357.

(原注2) Baumbach—Hefermehl, Wechselgesetz und Scheckgesetz, 11. Aufl., München 1973, S. 18.

(原注3) Eugen Ulmer, Das Recht der Wertpapiere, Stutzgart 1938, Vorwort.

2 しかしながら、手形・小切手法に対する支配的な見解による説明は、同法が一般的な考え方によると非常に技術的な法領域であるにも拘わらず、疑わしさを免れず、極めて複雑であり、また理解し難く、また時には——たとえ矛盾に満ちていると言わないまでも——論理的には不明晰でさえあるように見受けられる。例えば、いわゆる手形の受戻しに関する説明を、とりわけ手形を受戻した人に対して、その前者に対抗しえた抗弁をもって対抗しうるか否かについての問題を考えよ。この問題について近時の教科書は、単に、現代の法理論からは容易に説明しえない問題に関係している、と述べ、したがって法的な評価による扱い (juristisch—wertende Betrachtung) がなされるべきであるとして、次のように続ける。すなわち「したがっていかなる見解に従うかは、結論にとって何等の意義を有しない。

吾人はむしろ、それは単に、交換可能な『説明的』な理解構成（‘erklärende’ Konstruktion, die austauschbar sind）に關係していると自覚すべきである^{（原注⁴）}」と。

さらに手形法上の利得償還請求権にかんする通説の説明を考えよ。その説明を本当に完全に理解しようと努力するとき頭痛を感じない学生はいないであろう。

手形・小切手法を理解する際の右のような困難性は、私見によれば、単にこの法領域の客観的な困難性から由来するだけでなく、同時に手形理論の貧困から、もしくはこの法領域の体系化が不十分であり不完全であることから、由来しているように思われる。上述した二つの事例はまさに、吾人が手形理論を形成することを放棄してはならないことを示している。というのは、（有効な）理論の助けを借りて始めて、吾人は手形・小切手法を体系的に把握しうるのみならず、また、この法領域の複雑な事例に、簡明でわかりやすく、同時に妥当な解決を与えることができるからである。

その際、次のことを強調しなければならない。すなわち取引の必要性への顧慮であるとか、「法的な評価による扱い」それ自体は、決して手形理論の役割を高く評価することと対立するものではない。というのは理論というものは、本来的に——体系的な統一性の尊重のもとに——まさしくそのように取引の必要性に顧慮を払いつつ、あるいは法的な評価による扱いを行いつつ、形作っていかねばならないからである。換言するならば、この観点は、理論を結晶させる過程において関与していかねばならない。もしある手形理論が、さような顧慮あるいは扱い方法によって修正されなければならないのなら、まさしくそのことによって、当該理論の不十分さが示されているのである。したがって、たとえ現在の通説的な手形理論が大きな意義を有しないとしても、それは決して手形理論一般が重要性

を有しないことを意味することにはならないのである。

新しい、より完全な手形法理論の構想が本論文によって試みられるであろう。

(原注 4) Rehdelt - Zollner, Wertpapierrecht, 10. Aufl., München 1972, § 1411, S. 68.

3 そのような理論に対していかなる要件が要求されるべきか、またそれはどのようにして展開されうるか、という困難な問題に立ち向かう (§ 3 「方法論のために」を見よ) より前に、わたくしはまず、従来の手形法理論への批判のために二、三のことを述べさせて頂きたい。

(a) 手形・小切手法は、近代の商取引の所産である。だから吾人がそれを伝来的なローマ法的な概念をもって適切に把握しえないのは驚くに足りない。今日の手形・小切手法の体系に適合させるためには、吾人はむしろ新しい思考過程へ踏み出して、新しい概念を発展させなければならない。新しい酒は新しい革袋に満たさなければならない。もっとも、当然のことであるが、新しい概念は終局的には、近代の私法の体系の基本的諸原則と一致するものでなければならない。

(b) このことに対応して、吾人は次のように云うことができる。たとえ吾人が手形・小切手法の説明にあたって、多くの民法上の概念を利用したり、民法典の諸規定を適用するとしても、その場合に伝来的な概念規定や民法典の条文の文言に、厳格に拘束されることを必要としない。もっとも吾人は、そのような拘束されないやり方に対する、合理的な根拠を説明しなければならぬ。^(原注 5) わたくしの手形・小切手法についての説明の中においても、伝来的な民法の法理論への批判や新しい民法理論の発展がそれを要求する場合には(後出 § 11-1 a b; § 232; § 275 d § 373; § 384 を参照せよ)、そのような離脱が、さまざまに行われている。

(c) 比喩的に言うならば、手形法理論について、算術的理論と代数的理論を区別することができるように思われる。算術においては、吾人は多かれ少なかれ日常的な経験と結びついているところの、そしてそのために吾人にとって理解しやすく見える概念や規則を用いる。それに対して代数においては、比較的に抽象的であり、またそのために理解し難く見える概念や規則を用いる（例えば負数であるとか、 $-\infty < \omega < +\infty$ のごとし）。しかし他面において、算術を用いて複雑な問題を解くことは、たとえそれが不可能でないにしても、比較的に困難である。これに反して、そのような困難さを代数の助けを借りて解消させることは容易である。

手形・小切手法は、いわば算術的な理論をもつては——説明それ自体が不可能でないにしても——容易に、また明快には説明しえないような、非常に複雑な内容をもっている。支配的な手形法理論は、そのような弱点を免れていないのではなからうか。したがって吾人は、その助けを借りることによって手形・小切手法の困難な問題をも容易に、かつ明快に解決するためには、一見して非常に難かしく見えるけども、しかしいわば代数的であるような理論を開発しなければならないであろう。

(原注5) 例えばいわゆる創造説の批判のために次のように述べられる場合、それは正当ではない。すなわち「紙片としての証券の創造は、一方的な表示行為である。だからそれに対しては、ただ一方的な意思表示に関する法規のみが適用されうる。だから制限的行為能力者や無権代理人による発行の場合には次のような帰結を生じる。つまり、証券は完全無効 (Void) となる。だからその後になされる追認もそれを有効ならしめない。」(Rehfeldt-Zöllner, a. a. O. § 5 III, S. 27) と。

しかしながら吾人がもしそれについての根拠を合理的に説明するならば、吾人は独民法典一一一条及び一八〇条を、一方的意思表示としての手形行為に適用する必要は存しない。それにまたそのようにするからといって、私法の全体の体系との整合性が害されることにはならない。

(d) この論文において、一つの新しい概念を用いることによって、手形・小切手法を新たに体系的に考え通す試み

が行われる。わたくしはこの概念を「仮定的債務者の処分授權」と名付ける。この概念は、より詳しく述べるなら、仮定的な債権すなわち実際には存在していない債権の処分（とくに譲渡）に対して、仮定的債務者すなわち実際には債務を負っていない者によってなされるところの授權である。

私の考えでは、いわゆる手形行為はそのような種類の処分授權として理解されるべきである。この授權はその構造からいって独民法一八五による処分授權に類似している。

この概念は、法学界において、今日まだ承認されてはいない。わたくしの見る限りにおいては、この概念はまだ文献の中で議論さえされていない。しかし日本の法律学の文献の中では「仮定的債権の譲渡」という概念があらわれている。田中耕太郎教授（一八七七—一九七四、日本の最高裁判所の元長官であり、その後ハーグ国際司法裁判所の判事であった）は、為替手形の振出をもって、振出人が受取人に対してなすところの、支払人に対する仮定的債権の譲渡だとして説明している。そして同教授によれば、支払人の引受の表示によってこの仮定的債権が現実のものとなるとされる。^(原注6)尤も、いかなる根拠によって仮定的債権が現実のものになるかについては彼は何等述べていない。商法学に関する彼の学説は一般的には日本において非常に強い影響力を有していかにもかわらず、前述した為替手形の振出に関する彼の理論は、その後の学者によって受け継がれていない。しかしわたくしが「仮定的債務者の処分授權」の概念を考へ出すについては田中教授の理論から一定の影響を受けている。^(原注7)

（原注6） 田中耕太郎「手形・小切手法概説」一九三七年、三三三頁。この考察は、わたくしが前掲3(a)で述べたのと同様な、手形法理論に対する考え方にもとづいている。

（原注7） わたくしは二つの点で田中教授の理論を乗り越えている。わたくしは第一に、引受の表示によって現実の債権が発生する理論的

根拠を、仮定的債務者の処分授權という新しい概念を用いることによって提示した。第二に、わたくしは単に為替手形の提出と引受だけでなく、約束手形の振出と為替・約束の両手形の裏書をも、さらには指図の発行とその引受等をもこの概念を用いることによって統一的に説明している。

(e) わたくしの理論の特色については、この論文の先のところで立ち入った説明をおこなうはずである（なかならず § 18 において包括的な形で、また支配的な見解と比較しながら述べている）。

ここでは、私の理論の契約説や創造説に対する関係を明らかにするために、ごく簡単に二、三の重要な点だけを述べておきたい。創造説によると、手形上の債務は、証券の単なる作成によって、つまり完全な書面の作成行為とともに発生することになる。契約説は、このような書面の作成だけでは不充分だとし、それに加えるに、証券の振出人と受取人の間の交付契約が必要だとする。^(原注 8) 以上の両説の間の、このような重要な差異にもかかわらず、両説は手形行為（例えば振出や引受）の効力に関しては一致している。両説いずれも手形行為によって手形上の抽象債務が発生すると解するからである。

まさしくこの点において、わたくしの理論は伝統的な両説に対立している。私見によると、後に詳述するように、手形行為によって何等特別の債務は発生していない。むしろ例えば約束手形の振出人あるいは為替手形の引受人は、手形行為によって単に仮定的債務の譲渡についての授權をしているのである。もっとも手形授受の当事者の間（例えば約束手形の振出人と受取人間および為替手形の引受人と振出人間）では、手形の授受によって、原因関係上の債務の存在が推定される。右の授權と仮定的債務の譲渡（それは裏書とか為替手形の振出の形でなされる）とが結合することによって、手形上の債務が現実には発生するのである。わたくしの体系においては、何等抽象債務という概念を必

要としない。抗弁切断の問題の説明のためにも、これを要しないのである。

またこのような方法によって、手形・小切手法を無理なく民法の体系に接合させることが可能となる。

民法上の指図や商人債務証券や商人指図証券や持参人払債券は——これらをも仮定的債務者の処分授權の側面から統一的に把握することによって——容易に手形・小切手法の体系の中に組み入れることができる。右にあげたものは、より単純な形式で成り立っているが、それは手形・小切手というより、複雑な形式がそれに基づいて作りあげられているところの、基礎を形作っているのである。

(原注 8) Vgl. Rehtel—Zöllner, a. a. O., § 5 I, S. 24.

(f) 手形・小切手法における複雑な諸関係を説明するためには、図形による説明が重要な補助手段であると思われる。だから法律学は、適合した視覚的手段を開発するように努力すべきであろう。私見によればこのような図形による補助手段は、首尾一貫した明晰な理論を構想するためには欠かしえないものでさえある。わたくしはしたがってこの論文の中でも、常にこの重要な手段を用いるように試みた。

補論 二 方法論のために (翻訳)

1 指図が、手形とくち為替手形の原型であるということは、今までに既に、一般に承認されてきたことである。わたくしは指図を分析することを通して、「仮定的債権の譲渡に対する仮定的債務者の処分授權」の概念を抽出した。そしてこの概念でもって、指図だけでなく、手形・小切手およびその他の有価証券的な諸制度を新たに構成した。

2 わたくしは、仮定的債務者の処分授權が、すぐれて理論的な根拠から承認されなければならないところの、私

法体系における一つの法的概念であることを強調したい。わたくしがこの概念の多数の結合によって構成したところの、指図や手形などの諸制度もまた、厳密に言うならば、すぐれて理論的な根拠から承認されるべき、一つの思考上の構成物である。

かかる思考上の構成物は、現実存する諸制度、すなわち現実の立法や判例の中に存在する諸制度と——両者は互いに類似しているけれども——区別しなければならない。前者は、吾人がそれを用いて後者（すなわち法的現実）を体系的に、且つ現実即して把握することのできるための手段である。この意味において、吾人はそのような思考上の構成物を、モデルと名付けることができる。

さようなモデルからの理論的な演繹によって引き出されるところの、具体的な法律問題の解決のための具体的な結論は、法の現実における実際の結論（解決）と時として、喰い違ふことがありうる。個々の諸制度を説明するにあたっては、実際そのような喰い違いが存在しているか否か、またいかなる点について存在しているかを吟味しなければならない。もしさような喰い違いが特定の問題について実際に存在しているならば（そのようなことは後に示されるように極めて稀にして生じていないとしても）、さような差異が何処から由来しているのかを探究しなければならぬ。それは立法者の特殊な経済政策的な考慮から生じていることもあり、あるいは支配的な見解が一定の思考方法（固定観念）に促われているために生じていることもあろう。またそれ以外の理由によることもあろう。吾人はこれらの、理論的推論から得られる結論と異なった法的現実の解決に対して評価判断を——事情に応じて、立法論の形において、あるいは解釈論の形において——しなければならぬ。

われわれはそのような説明を、例えば受取人白地の手形の叙述に際して、また、自己宛手形や第三者方払手形や手

形法上の利得償還請求権（とくにその義務者やその時効期間）や、小切手における引受の禁止等の叙述に際して、おこなっている。^(原注1)

(原注1) Vgl. unten § 9 3 a : § 20 I : § 20 II : § 29 2 d : § 33 b : § 34 III 7 : § 35 I : § 35 2 c : § 38 2.

3 吾人が、一方でモデルを法的現実に対置させ、他方で両者の関連を吟味することは、法的現実を体系的に、かつ同時に、現実には忠実に理解させるためである。もし吾人が、諸制度の説明にあたって、両者を分けることをしないならば、吾人は、体系性の犠牲において現実性を優先させてしまうか、さもなくば、現実性の犠牲において体系性を優先させてしまうか、いずれかになるであろう。

モデルを通しての有用な認識は、しかしながら、唯だ吾人が妥当で有効性のあるモデルを開発した時にのみ期待される。そのようなモデルは、首尾一貫性があり、明確で多義的でなく、体系的に形成されていなければならないだけでなく、同時に現実に対する適合性を有していなければならない。

それでは吾人はいかなる方法でそのようなモデルに到達しうるか。

吾人があるモデルを構想したならば、それが法的現実には適合しているか否かを——あたかも仮説を検証することく——厳格に吟味しなければならない。このことを通して吾人は、第一のモデルよりも改善された、法的現実によりよく適合するとともに、首尾一貫性や明確性や体系性の目標によりよく適合した、新しいモデルを捉えることができるであろう。吾人は、そのような手続きを繰り返すことによって、最後に、最もすぐれたモデルを発見するに至るであろう。^(原注2) この手続きの過程において、吾人は時として、モデルの構成部分としての、新しい概念を開発することもあ

るであろう。

自然科学においてもまた、これと類似した、しかしながらもっと精確な手続きが適用される。その場合には、モデルの検証のために実験が用いられ、そしてモデルは屢々数式によって表現される。自然科学におけるとは異なって、法律学においては、価値判断が一定の役割を演じる。しかしながら体系的な価値判断は、吟味の対象に対する体系的な認識に基いてのみなしうるのである。

吾人は、有効性のあるモデルの助けを借りることによってのみ、複雑な法律問題の事例についてもその複雑な利益状況を精密に分析することができ、そしてそのようにしてその事例を容易にかつ解り易くとり扱うことができ、それに適切な解決を導き出すことができるのである。

手形・小切手法においては、時として複雑な具体的事例が、特に原因関係に関して、あるいは支払をなした債務者の求償権に関して発生する。後に補論の中で（後出§383参照）具体的な一事例の分析を行うが、それは、われわれのモデルの質の度合いを証明することになるであらう。

（原注2） 吾人は最もすぐれたモデルの場合には、そのモデルにもとづく論理的な演繹の結果と法的現実と比較した時に生じるところの不一致について、その理由を説明しなければならない。

4 いわゆる創造説や、契約説、またさらに抽象債務の概念や「給付を受領しうる授權」という概念は、——従来そのようなものとして明示的に構成されていなかったし、またそのように名付けられていなかったけれども——一種のモデルとして（あるいは少なくともモデルの一構成部分として）看做することができよう。そうであるならば、吾人はこれらの理論の質の度合いを、前述した尺度にしたがって、すなわち一方で、その首尾一貫性、明確で多義的でないこと、体系的に構築されていること、他方では、それが法的現実と適合していること、という尺度にしたがって

判定すべきであろう。

5 上述したような方法論は、わたくしの考えるに、多かれ少なかれ私法の他の領域にも適応しうるものであり、従って私法学 (dogmatische Privatrechtswissenschaft) のための一般的方法論となりうるのであろう。

補論 三 イーリンクの構成法学ないし博物学的法学方法論

1 E・ヴォルフ「偉大なる法思想家たち」から (翻訳・同書六三八頁以下)

イーリンクは「イーリンク法学年報」の宣言的な序文の中で (その前に「ローマ法の問題」の中で既に述べていたことだが)、法学的な概念形成の三つの段階を区別した。すなわち分析と集中と構成 (Konstruktion) の三つである。彼によるとそのうち始めの二つは下位の法律学に、そして最後のものは上位の法律学に属する。そして「分析」は、すでに法規定や判例の中に、概念的な明確さをとるに至らない形で ("vorgeformt") あらわれているところの歴史的な法素材 (Rechtstoff) を概念的に分析しかつ整理することであるとされる。その際、法素材を一般的なものと個別的なものに区別することが行われる、という。その場合、基本的な一般的諸概念は法のアルファベットのよう機能する、という。そのような一般的なものが——例えば錯誤による取消が——さしあたって賃貸借契約の特別な事例の中に発見され、かつ歴史的に実証されるならば、それは理論的に、一般的な法的な観念 (Rechtsgedanke) として捉えられることができる、という。そしてこの認識は、一種の類推適用の形成によって、その観念を類似せる特別事例に——前述の例では他の契約類型に——構成的に拡張することを許容する、という。このようにイーリンクは類推という思考形態を法学的な手段として評価した。したがって彼はそれをより高次の法律学にも属させている。

歴史的な法素材を、「分析」によって料理するのよりもより高い段階にある料理の仕方は、その「集中」によってなし遂げられる、という。イエーリンクはこの語によって、法の単純化 (Vereinfachung) を理解した。それは法秩序全体の体系的な関連から導き出されるところの法の諸原則 (Rechtsgrundsätzen) の助けによって獲得される、という。法の諸原則は、立法者がその法典編纂にあたって、どの個所にも明示的にその名を挙げていないときでも——したがってローマ法大全の中のどの法源もそれについて言及していないときにも——妥当 (gelten) すべきである、という。したがってかかる「集中」の観念は、単に個々の事例のための法的根拠 (Ieges ratio) を意味していたのではなく、立法の一般的な目的を、また法律諸規定の意味関連における、その理論的な構造の基本原則を意味したのである。法律学研究方法における第三の、そして最も成熟した段階をイエーリンクは「構成」(Konstruktion) と名付けた。それはしたがって法学者の最高の技術として現れる。というのは、「構成」は「分析」によって獲得された諸概念およびその基本的諸原則の上に「集中」された諸概念を用いそれらを総合して仕事を行うからである、という。「構成」は、新しい法的形成物 (Rechtsschilde) を創造的に組み立て、そしてそれによって、立法者や裁判官によってなされたところの、元来の概念構成の形成を、本来的に学問的・体系的な形成に転化する、という。その際、三個の基本原則に留意することが重要である、という。第一は、所与の法素材をカバーすべしとの原則である。第二は矛盾があつてはならないという原則である。第三は美しくあれという命令である、という。そして法体系の理論的・美的な全体構造の妨げとなるような観念をはめ込んではいならない。

(中 略)

イエーリンクの説く言葉には、彼の独特な主観主義とロマン主義が生動している。「ローマ法の方法的精神」の中に見ら

れるところの風変わりな、珍しい言葉の多くは、大胆でほとんど向う見ずともいえるような、さらには不条理ともいうべきものである。それは大抵、自然科学の領域からの、素人的に理解された借用語である。実際、イエーリンクはこの時期に恐らく、大衆的な人気を得つつあった自然科学の成果に深い印象を受けつつ、彼の以前から抱いていた自然科学的な思考への偏愛をはぐくんできたのであった。彼は彼の新しい法律学の研究方法を大真面目に博物学的(naturhistorisch)方法であると名付けて、これを打ち樹てよう、としたのであった。

(中 略)

彼は法の有機的組織 (Organismus) を動植物の有機的組織になぞらえて考察した。

この見方は前に述べた法律学研究方法の発展における三つの段階と関連付けられている。すなわち歴史的に成長した法についてのあらゆる叙述は、まず第一に、一種の「解剖学的な考察」によって「法の有機的組織」を分析するという。それに続いて「法の有機的組織」の「構成的」(konstruktiv)な生理学的な考察がなされる、という。諸法規や諸法概念や諸法制度は、この有機的組織の構成部分と名付けられるが、その有機的組織は「より貴重で、より繊細に組織された」諸部分を示しており、また一種の骨格を有している、という。また「生理学」は社会生活における法の機能を説明する、という。右と類似した方法で、しかし右と全く異なった形においてイエーリンクは、法律学の方法を化学的方法に、なぞらえた。すなわち法的構成は法の諸元素 (Rechtskörper) を作り、法の諸元素の分析は法の諸要素 (Elemente) を明らかにする、という。そしてこれらから、その「混合」とそしてまた「変更」された諸関係を通して新しい法的諸元素が合成的 (synthetisch) に構成される、という。そして右の混合や変更は、様々な状態の中で現出する、という。

(後略)

2 K・ラレンツの「法学方法論」から(翻訳・同書二三頁以下)

イエーリンクが法律学における歴史的研究の課題や解釈の課題よりも上位にしていたのはその体系的研究の課題であったが、それは彼によると、個々の法制度やそれに関する法規をその理論的な諸要素(logische Elemente)に分解し、純粹にこれら自体を蒸溜して取り出し、そしてこれらを結合することによって、既に知られている法規だけでなく新しい法規をも作り出すことである。このような理論的に分解したうえで再び組み立てることの結果は「法律学が際限の無い多量の様々な法規の代りに、見渡しうる数の単純な法的元素(Köpfe)を獲得し、それによって法律学が、個々の法規を必要に応じて再び合成することができるということである。それによって得られる利益は、単に、このような単純化に限られない。獲得された諸概念は、単に所与の法規をそれによって再び作り出せるということに留まらない。もっと大きな利益は、その概念自体から法の量を増大させ、生長させうることである。法律学は様々な法的要素を統合させることによって、新しい諸概念と新しい諸法規を作り出すことができる。諸概念は生産的である。それらは結合され、新たな諸概念を作り出すことができる」(「ローマ法の精神」第一卷二九頁)。

(中略)

イエーリンクは法律学をもう一つの他の学問に——すなわち化学に——なぞらえようとした。体系的な法律学は「法学的な化学であり、それは、単純な元素を探究するものである」。それは「所与の原料」(すなわち法規範)を「法的諸概念に昇化させる(verflüchtigen)」ことによって、法学的構成は「法の低次の状態から高次の状態への移行を媒介する」。ここに行われる変形の実体は次の点にある。すなわち「法的素材は、直接的に実用的で、かつ命令的

な形式をはぎ取られ」そして「法的な元素の形式」をとる点である（イエーリンク年報一卷九頁）。イエーリンクは論理的分析と抽象化によって得られる単純な基本的諸概念を「法学的諸元素」(Juristische Körper) と名付けているのであるが、これは彼によって、一定の特性を与えられ、一定の作用を成しうる能力のあるものとして考えられている。このいわば科学的に作り出された「法的諸元素」を用いて思考上の操作を行うことを、イエーリンクは全く奇妙にも、博物学的方法 (naturhistorische Methode) と名付けている。彼は博物学的方法に対して、既に述べたように、それが法的素材をコントロールすることを容易にするだけでなく、それは彼によれば、それまで知られていなかった諸法規の発見へと導くことを期待している。これら諸法規の多くのものは、その発生を何等かの実用的な必要に負うているのではなく、単に「法学的な首尾一貫性ないし法学的必然性」に負うている。それらは「存在しないでいることはできない」から「存在する」のである（「ローマ法の精神」二巻二、三九二頁。イエーリンク年報一卷一八頁）。

3 若干のコメント

(1) 以上紹介したイエーリンクの法学方法論が私の考えているそれと類似する点については序章で述べたが、これにつけ加えると、イエーリンクが、「構成」によって新しい法的形成物 (Rechtsgebilde) を創造的に組み立てるといふ場合の法定形成物は、私見におけるモデルに近似する。そして彼が彼のいわゆる法的形成物が具えるべき三個の基本的原則として述べているところは、私見でいうモデルが、すぐれたモデルであるために必要な要件と類似する。

(2) イェーリンクおよびその「概念法学」に対する近時の学界の評価に関連して一言しよう。

わが国の法学界では、とくに戦後、概念法学に対する批判が強まり、概念法学は専ら克服さるべき誤った法学方法

論だとする傾向が強く見られたといつて過言ではあるまい。しかしその際「概念法学」の、とりわけ前期のイエーリンク、およびウィンドシャイドを頂点とするドイツの概念法学の实体とその歴史的意義が正しく把握されないままで、これに正確な、歪んだレッテルが貼られ、それによって作られた虚像に対して非難と批判が向けられたのではなからうか（後掲大塚論文参照）。

この点で近時、わが国のドイツ法学の第一人者が、——ドイツの概念法学をわが国の概念法学と区別して——その積極的な意義を高く評価し、創造的な法律学たる所以を明らかにされた（それとともにその限界をも指摘されている）のは、極めて重要なことといわなければならない。（村上淳一「ドイツ法学」、碧海・伊藤・村上共編「法学史」（一九七六年・東大出版会）一四六頁以下、村上「権利のための闘争」を読む」（一九八三年・岩波書店）二二一頁以下参照、なお特に日本の概念法学及びドイツのそれについては、磯村哲「社会法学の展開と構造」（一九七五年・日本評論社）参照。現代の「法的構成」の問題については川島武宜「法的構成」（我妻先生追悼論文集「私法学の新たな展開」一九七五年・有斐閣）参照）。

概念法学に対する再評価の動きはドイツでも一九七〇年代から起きているようであるが、これを紹介しつつ、イエーリンクに焦点をおいて研究されている法哲学者の業績として大塚滋教授のそれがある（同「初期イエーリンクの匿名論文について」東海法学 No. 4（一九八九年）参照）。

(3) 前述したように、私は法学方法論において、私の考える手形・小切手法の理論構成の特色を示すために、モデルという観念を用いており、そしてそれはイエーリンクのいう法的形成物に類するものと考えているが、いずれにせよ、右のようなモデルの観念は——算間にしてわが国の私法学者でこのような観念を用いている例が他にあるかを知らないが——奇を衒ったもののように受け取られるかも知れない。そこでその弁明のためにも、わが国の法哲学の新

しいリーダーの一人である長尾龍一教授が、既に法学における「学説」を制度モデルとして捉え、次のように説かれていることを紹介しておく。ここで言及されている「制度モデル」は、私の考えている法学方法論上のモデルの觀念と実質的にも類似していると私は考えている。以下長尾「法哲学入門」（日本評論社・一九八二年）から、その卓抜な例示的な説明部分をスペースの関係から残念ながら省略して、要点のみを引用する。

「（前略）法律家は、制度のモデルを考案する社会技術者であり、先例があるならばその先例を基礎として、法の条文があるならばその条文を基礎として、制度のモデルを考案することを職業とする。モデルにもちいさなモデルから大きなモデルまである。さまざまな制度に関連づけた大きなモデルをもち、かつその一つ一つの制度が破綻なく運行するとき、それは良いモデルである。そして、このようなモデルの有機的一部を構成する解釈が「良い」解釈である。

このようなモデルの構成要素の中で、最も重要なものが衡平、すなわち正義の女神のはかりである。制度が衡平を欠くと破綻する。例えば、税法が不備で、うまい脱税方法がみつかり、皆がそれによって脱税し、正直者ものだけが馬鹿を見る。このような税制はうまく機能しなくなる。ちょうど建物の一部にひずみがあると、全体が崩壊するようなものである。（中略）

法学における「学説」とは、このような制度モデルの提案である。一つの条文や法規の上に複数の制度モデルが可能な場合もあり、その長短がなかなか比較できない場合もある。また法学にも発明がある。すなわち、ある法典の上に、従来誰も思いつかなかったような制度を構想することもある。（中略）

ケルゼンは、法の解釈もまた立法と同様の法創造行為だといっている。それは、高度のイマジネーションを必要とする創造的な知的活動であり、法解釈の問題の解説を、個々の条文についての「解釈方法」の列挙から始めるのは本当は誤っている。個々の条文の解釈は、このようなモデルの制約条件の問題にすぎない。」（同書一四九頁以下）

なお同教授は右に続けて「しかし、制度は所詮は道具であり、何の目的のためにも用いられる。奴隷制にも絶対君

主制にも植民地支配にも思想警察にも、……（中略）こうして、「良い」法解釈の問題は、実定法的価値からの「良さ」の問題を超えて、超実定法的価値の問題へと発展する。」と述べておられるが、思うに、「概念法学」に対する批判とそれに代わるべき「目的法学」や「自由法論」や「利益法学」の登場を促した原動力の重要な一つは——資本主義経済の高度化に伴う矛盾の増大という社会的背景のもとに——意識的あるいは無意識的に法学者に生じたところの、かような超実定法的価値に対する反省であろう。「概念法学」に対する批判が時には性急でバランスを欠いた情緒的反応に基くものでなかったとはいえないにしても。

(4) モデルの観念は法学においては、殆ど用いられていない。そこで参考までにスタンダードな文献によってこの観念を紹介しておこう。

(a) Encyclopedia Americana (「アメリカ百科事典」) は「モデルとはそれが表現している原形 (prototype) あるいは実体 (subject) を例証し、説明し、あるいは発見するために作られるところの、三次元的な、そして典型的な形においては小さな、構成 (construction) である」と述べ、ついで様々なタイプ (玩具のモデルから始まって経済の流れを説明あるいは予測するための理論的・抽象的な経済モデルに至るまで) の各モデルについて説明する。また特に科学と教育におけるモデルの利用に関しては、科学教育の補助手段としてモデルが広汎に用いられていること (例えば人体解剖学における人体の部品モデル、エンジンの複雑な機構の説明のために用いられる運転モデル、化学における分子モデルなど) を指摘しつつ「科学モデルは屢々諸現象を説明するだけでなく、それを発見するためにも有用である」として、その例として「遺伝学上の物質であるDNAの基本的な構造を説明するにあたっての重要な手段は、DNAの分子に関して既に知られていた諸事実と整合性のあるモデルを実際に作ることであった。」という。

(b) 平凡社大百科事典の「科学におけるモデル」についての次の説明も参考になる (黒崎宏氏執筆)。

手形法における参加・複本・謄本 (安達)

「科学におけるモデルは「対象モデル」と「モデル理論」に分けられる。そして一般に科学においてモデルというとき、それは「対象モデル」を意味することが多い。

対象モデルは更に「単純化モデル」「構成モデル」「近似モデル」「同型モデル」「相似モデル」などに分けられる。このうち「単純化モデル」は、実際の対象が一応はわかっているが、そのままでは複雑でとり扱えないとき、あるいはそのままではとり扱う必要がないとき、などに用いられる。その例は単振動・完全流体モデルである。これに対して「構成モデル」は実際の対象がそもそも最初からわかっていないとき、それはかくかくであろうと理論的に想像して構成されたモデルである。太陽系モデル・原子模型などはこの種のものである。

「単純化モデル」と「構成モデル」は、いずれも近似のモデルであるから、まとめて「近似モデル」という。「同型モデル」と「相似モデル」については省略)

以上のような「対象モデル」のうちの「近似モデル」に対して建てられた理論が「モデル理論」である。それは、あるべき理論に対しての近似であり、模型であって、その意味でやはり一種のモデルである。自然科学、社会科学を問わず、近代科学における理論はみなこの種のものである。」

(c) 国際科学振興財団編「科学大辞典」(昭和六〇年)によると、モデルに関して「データが与えられた時、母集団の構造がいかにしているかを考えるとき、取り扱いやすいようなある構造を式で表現したものをモデルという。したがってこのモデルが適当かどうかは、その時点では明らかではない場合もある。」と説明され、またモデル化 (modeling) について「問題となっている事象について、その振舞いを調べ、それを生じさせている因果関係を明らかにすることによって、その事象を記述するモデル (模型) をつくることをいう。モデルを作ることによって、実際には調べることが難しい事柄の模擬実験が可能となる。」と説明されている。

以上、モデルの観念について、三つの基本的文献による簡単な一般的説明を紹介したが、説明の仕方に多少の相違

はあるものの、それが近代科学理論にとって極めて重要な意義をもつことが示されている。その所説から窺われるように、科学におけるモデルは、対象をよりよく正確に、全体的に、体系的に認識するために、その手段として人間の想像力・構成員によって創造したものであり、それは一方で対象についての既知の事実のすべてと可及的に適合し、少くとも矛盾していないとともに、他方でその内部的な構造において可及的に論理的な整合性と首尾一貫性を有し、また、その表現は可及的に論理的に明確な言語・数式・図表・模型によってなされなければならない。したがってモデルに優劣があるとともに、すぐれたモデルは未知の事実の予見を可能にするであらう。

(5) もっとも自然科学を含めた科学一般についての方法論が法律学（法解釈学）にどこまで、妥当するかは一個の重要な問題である。法律学の対象と目的の特殊性は法律学の方法論についても特殊性を要求することは否定し得ないからである。

法解釈学の対象は、社会現象の中でも法規範という特殊な現象である。それは原初的な形では「社会あれば法あり」という法諺にもあらわれているように、社会とともにいわば自然発生的に生じるであろうが、進んだ文明をもつ近代社会では、社会統制の重要な手段として、社会を構成する人間の多かれ少なかれ明確で理性的な意志によって人為的に形成される（もっともこの点は、例えば手形・小切手法を含む取引法の領域は、元来、商品経済の発展とともに自然発生的に生じた取引慣行を前提としつつ、国家は単にこれに人為的な加工を施すことによって成立するのに対し、行政法などは、専ら国家によって人為的に形成される、というように法の領域によって差異を生じる。そして取引慣行ないし取引法は、それが自然発生的な起源を有する点で、コミュニケーションの手段としての言語に関する法則ないし規範と類似性を有するといえよう）。法解釈学の目的は、第一に、現にある法制度ないし法規範の内容を成文法規、判例、慣習、さらには一定限度での学説を

手がかりとし、あるいは素材として、全体的、体系的に明らかにするという客観的な認識を目的とするとともに、第二にこの認識を踏まえて、あるべき法制度・法規範の内容をも提示する——その際、現にある法の内容が妥当なものであれば、それを是認する——という価値判断作用を含んだ実践的な目的をも有する。しかし両者は密接に関連している（現にある法の認識とあるべき法の提示との関係については、元来は後者であるものが前者の形をとって主張されることが屢々起こりうる。というのは、あるべきものを現にあるものの否定ないしそれとの対立の形で提示するよりも、それが現にあるものと一致しているとして提示したほうが説得力に富むということが意識的あるいは無意識的に考慮されるからである。のみならず現にある法の内容は——実定法規は一般原則を定めたに過ぎないものが少なくないこと、またいわゆる法の欠缺の存在を否定しえないこと、さらには、時として法規相互の間に矛盾がないわけではないことなどによって、少なくとも成文法規の制定後間がなく、判例の積み重ねがない間——本来的に不明確さを免れないという事情のために、その客観的な認識において主観的な価値判断が入りやすいからである。しかし両者は、少くとも理論的には明確に区別すべきである。なお経験法学の立場から、将来の裁判の予測のための判例研究ないし法律学研究といわれている場合の予測は、現にある法の認識がその基本になるであろう）。

というのとは一方で、現にある法の客観的な認識のためには、通常、その成立および現在に至るまでの発展の歴史的な経緯やそれが規律する対象たる社会の実態（取引法においては取引の実態）を探究することが必要である。また特に当該法制度に関する従来の学者の理論構成を検討する必要がある。けだしそれはその規定の立法の際に、また裁判官による具体的な事件への適用としての判決の際に重要な影響を与えることが少なくないからである。

他方で、実践的な目的をもってあるべき法の内容を提示する作業も、それが実定法の解釈として、その枠の中での作業である限りは、そしてまた基本的な価値判断が共通している限りは、右に述べた現にある法の客観的認識の作業

と連続したものであり、それを深めるものにすぎない。もっともここでは現行法の歴史的な沿革の研究以上に、それが規制する対象たる社会の実態の研究や比較法的な研究が重要な意味をもつであろう。また当該制度に関する従来の理論構成を批判的に検討し、それを通してよりすぐれた理論構成に——首尾一貫性を有し、論理的に明晰な、そして実定法規や取引の実態ないし社会の現実と整合性を有するモデルとしての理論構成に——到達し、それによって当該法制度を再構成し、その結果、個々の規定について新たな解釈を提起することもあるであろう。(すぐれたモデルとしての理論構成は利害の錯雑した具体的な問題について利害の対立関係を整理し明確にする手段となるとともに、妥当な解決を示すものでなければならない。)

このようにして現にある法のモデルとあるべき法のモデルとの間には連続性があり、したがって法解釈学が客観的な認識を目的とするのみでなく実践的な目的をも有するからといって、それだけで科学一般についての方法論が法解釈学に当てはまらないとはいえないであろう。

付言すると、具体的なある法制度のモデルが、それ自体としては対立的な関係にある二つの制度モデルの妥協的な形として、あるいは、一つのモデルが別のモデルに移行しつつある過渡的な形として捉えられることもあるであろう。例えば、国の統治制度としての専制君主制のモデルと民主制のモデルの妥協的な形のモデル(妥協の仕方如何によってさらに様々な形のモデルが考えられよう。)、家長権の強大な大家族制のモデルから個人主義的な小家族制のモデルへの移行過程のモデルなど(私の考える制度モデルはマクス・ウェーバのいう制度の理想型(Idealtypus)と近い性質を有すると思うが、両者の比較検討は今後の課題にしたい)。

- (6) 以上、手形・小切手法に関する手形理論と手形構造論の研究にあたって私が用いた法学方法論を説明するため

に、それと親近性のある、イエーリンクの前期の法学方法論を引用し、また私の法学方法論において特徴的なモデル（制度モデル）の観念を大雑把ながら科学一般におけるモデル理論と対比させつつ検討した。

おわりに、多かれ少なかれモデルの観念に依拠した私の法解釈学上の仕事として、手形・小切手法に関連するもののほかに、次の諸研究を、参考までにあげさせて頂こう。

「取得時効」川島編注民法(5)取得時効前注および162・165条（有斐閣・昭四二年）、「177条の第三者」柚木・谷口・加藤編判例演習物権法（有斐閣・昭三八年）、「取得時効と登記」志林九五巻三号（昭四三年）、「登記請求権に関する試論」加藤一郎編・民法学の歴史と課題（来栖教授古稀記念）（東大出版会・昭五七年）、「債権譲渡の對抗要件」我妻編・民法の判例・基本判例解説シリーズ4（第一・二・三版）（昭四二・四六・五四年）、「賃貸人の地位の譲渡」現代契約法大系第三巻（有斐閣・昭六〇年）および「債務引受」谷口・加藤編新版民法演習3債権総論（有斐閣・昭五四年）、「弁済供託の理論構成」志林八六巻四号（昭六三年）。ちなみに私は法学研究者としての出発点において、専ら法社会学的関心をもって、小作調停法（大正十四年）を対象に、その成立と施行の過程を社会的な基盤と関連させながら研究し、それを通して法の生成発展の動的な構造を解明しようと試みたが（「小作調停法」日本近代法発達史講座Ⅶ（勁草書房・昭和三十四年））その際の方法がその後の法解釈学の研究方法論に少なからざる影響を与えているように思われる。

補論 四 平井説と星野説について

1 平井教授は近時「法解釈論の合理主義的基礎づけ」（法協一〇七巻五号一頁以下。これは前にジュリストに発表された「法学基礎論覚書」を——これに対する批判に答えつつ——「教科書」的に書き改められたものである）の中で、戦後支配的な地位を占めつつある利益考量論（星野教授によって代表される）を主として批判しつつ、これに代るべき方法

論を提示された。法解釈学方法論に関してモデルの理論を主張する私の立場から、極く簡単ではあるが、平井教授および星野教授の所説に言及しておく必要がある（詳細な私見の展開は後日にゆずりたい）。

2 平井説に対しては——そこで論述の出発点となっている「合理性」の概念や「議論」の概念は、最近の哲学や記号理論の成果をとり入れたものであって簡単に理解し難い点もあるが——共感を覚える点は少くない。同教授は「良い」法律論の要件として「反論可能性」の存在を要求し（「反論可能性テーゼ」）、反論可能性のない法律論例えば同語反復（トートロジー）であってはならないとか、比喩を用いた法律論や一般条項を含む法律論あるいは「特段の事情があれば別である」などの限定句を多く付した法律論はそうでない法律論と比して反論可能性が小さいから相対的に「良くない」法律論であると述べ、また「言明それ自体は反論可能性の小さいものであっても、そこからの論理的推論ないし論理の連鎖によって反論可能性のより大きな言明を導き出せる程度が高ければ悪いほど『良い』法律論である」という（その例として、詐欺行為取消権における「責任説」や中川善之助博士による身分行為論があげられる）。このような反論可能性の要件は、私の方法論という理論構成としての「モデル」の備えるべき要件でもあると思われる。ただしモデルは論理的に明確に整合性をもった形で呈示されていることが必要であり、そうでなければ、それが妥当なモデルであるか否かの検証がなしえないからである。また平井教授は、問題解決のために打ち出される法律論が創造的な仕事であることを強調されるとともに、法律論が「議論」によって、すなわち「反論」「再反論」という課程によって、より妥当な法律論へと進化すると述べている点は、私見において、モデルの構成が創造的な仕事であること、またモデルはその検証の過程を経て、より妥当なモデルの構成へと発展しようと述べていることと対応するであろう。

3 (1) 星野教授の利益考量論に対して平井教授は「非合理主義」であるとして批判される。その際ハーバーマースの「合理性」に関するテーゼを援用し、合理性とは発言ないし言明の根拠づけおよび批判可能性であるとする。このような角度からの星野説に対する批判は重大で、かつ有益な問題提起と思われるが、理論構成をモデルとして把握する私の立場から、その驥尾に付して、ごく簡単に星野教授の利益考量論を検討してみよう。

星野教授の利益考量論とは「条文の解釈から出発し、まず文理解釈・論理解釈を行うべきこと、次に立法者（起草者）意思による解釈、最後に利益考量と価値判断（目的論的解釈）によって行うべきことを主張するもの」であり、これが「利益考量論」の主張する「妥当な解釈の方法」である（平井前掲八六頁）と解することに異論はないであろう。しかも利益考量論のいきつく所として「最後には……諸々のファクターを考慮して（いわば直観的に）きめるほかない」（星野「民法の焦点」一〇三頁）ことが指摘されている（平井前掲一八頁）

(2) この立場においてはいわゆる「中間理論」は不要とされる。中間理論として何を考えるかは一個の問題であるが、例えば民法一七七条の對抗の意義や同条の根拠に関する理論、取得時効制度の根拠や目的に関する理論、登記と時効の関係に関する理論、登記請求権の性質に関する理論、債権譲渡の異議なき承諾の性質およびこれに関する規定の根拠に関する理論、供託の性質に関する理論などを考えてよいであろう。そうだとすると、中間理論は理論構成そのものであり、中間理論を不要とする見解は、法解釈学において理論構成としてのモデルの意義を重視する私の立場と真向から対立することになる。というのは私は、中間理論ないし理論構成は個々の規定や判例から出発し、これを素材とし手がかりとはするが、しかしそれぞれの制度全体の構造を問題とするものであって、それはあたかも、ある制度に関する個々の規定や判例を線や点になぞらえるならば、さような点や線をつなぎ合わせ、それを手がかりとし

て、その点や線がその上に描かれているところの立体図こそが制度の全体的な構造であり、それを構想することが理論構成の、したがって私のいうモデルの課題であると考えているからである（長尾教授が前掲引用文の中で「法の解釈が立法と同様に創造行為であり、法解釈の問題の解説を個々の条文についての」「解釈方法」の列挙から始めるのは本当は誤っている。個々の条文の解釈はこのようなモデルの制約条件にすぎない」（前述三三(3)参照）と述べられているのはほぼ同様の趣旨であろう）。

私の考えでは、具体的な問題に、ある法規を適用して結論（例えば「甲の乙に対する請求は認むべきである」との結論）を導き出す際には、多かれ少なかれその規定が関連している制度の全体的な構造を頭に浮かべ、それにもとづいて法規の適用がなされるはずである。しかしその全体的な構造を頭に描いていることが本人に自覚されないことも多く、また頭に描いている姿も明確でなくてぼんやりした形であることが多いであろう。したがって本人はさような全体像としての理論構成（中間理論）の必要性を自覚しないことになるといえないであろうか。本人は直観的な価値判断に基づいて結論を導き出したと考えていても、無意識的に自己が抱いている全体的な制度についての理論構成（中間理論）に依拠しているのではなからうか。法学者や裁判官が直観的に結論を出したといっても、その直観は、専門的な法律家としての教育——そこでは多くの中間理論が教えこまれる——を受け、その修練を積んだ者の直観であり、素人の直観ではない。専門的な法律家においては、各制度の基礎的な全体的な構造の把握は、それが歪んだ把握であるかと否とを問わず、いわば血や肉となって体得されているのである。このように考えると、具体的な問題に妥当な結論を導き、とりわけ体系的な整合性をもった結論を導き出すためには、無意識的に依拠した中間理論をあらためて検討し、歪みがあった場合にそれを是正していくことが必要である。それとともに実務家が依拠しうるような制度の正しい全体像としての理論構成ないしモデルを作るための仕事は法学者の最も重要な課題といふべきであろう。

(3) ところで利益考量論は、利益の対立状況を明らかにし、いずれの利益を優先すべきかの価値判断をなすべきことを強調する。これについては、私は積極的な意義と消極的な意義があると考ええる。

元本、中間理論としての理論構成は、制度の全体的な構造の把握を目的とするものであるが、それはあくまでも具體的な個々の利益の調整を目指すものであり、それを離れた抽象的な理論ではないし、またさようなものであつてはならない（また實際的にも、現実になされた具體的な利益の調整（特に判例）を集積し、それを一般化し相互に矛盾のないように体系化して作られることが多い）。したがって中間理論（理論構成）は——それが本来の目的に適つた妥当な内容を有する限り——その正しい理解によつて利益の対立状況とそれの正しい調整のあり方が全体的体系的に把握されることになるはずである。しかし往々にして理論構成の理解が硬直であると、具體的な利益状況とそれの調整の目的のための理論であつたことが忘れられ、いわば機械的に理論のために理論を適用し、そのために誤つた運用のなされることが起こりがちである。そこで中間理論（理論構成）の本来の目的をあらためてその原点に還つて自覚させ、利益の対立とその調整に還元させることは無意味でない。利益考量論はこのことを強調するものとして積極的な意味をもつ。とりわけ社会の変動に伴い新しい利益状況が生まれると、従来の古い利益状況を前提にした古い中間理論（理論構成）は新しい社会の変動に適合しなくなる。この場合には新しい利益の対立状況に注目させ、新しい調整の仕方を考えさせる利益考量論は特に積極的意義を有するといえよう。同じことは従来の中間理論（理論構成）が——起草者が考へていたそれを含めて——もともと利益状況の正しい認識に欠けていたり、利益の調整に不備があつてそのために内容に妥当性を欠いていた場合についても当てはまる。

しかしながら利益考量論は、ここで立ち止まつていて、その先へ進もうとしないのであつて、この点にその消極的

意義がある（ここで問題にしているのは、利益考量論それ自体であつて、星野教授の法解釈学上の業績を問題にしているのではないことに注意されたい）のではなからうか。すなわち、新しく生じた利益状況や新たに認識された正当な利益状況をふまえ、それを正しく、とりわけ体系的整合性をもつて整序し調整するための新たな理論構成の構想が必要であるに拘らず、そこに進もうとしないで、利益の比較考量と価値判断に依拠するだけで足れりとする。その結果、名人芸的な勘と直感に頼ることになる。つまり、非常に複雑で錯綜した利益状況にある法律関係を（その例として、手形法を考へよ。二当事者の法律関係を正しく処理するためには、それに関連する第三者、第四者との法律関係を考慮し、それとの均衡をはかることが不可欠である）適切に処理するためには理論の助けを借りなくてはならない。然らざれば対立する複雑な諸利益の海に溺れて混乱してしまうであらう。それにも拘らず利益考量論では結局は勘と直感に頼ることで良しとされる。仮りに卓越した法律家がその名人芸的な勘によって正しく処理しえたとしても、これを多くの人に期待することは出来ない。また名人芸的な処理であれば、たといその結論が妥当でも、それを根拠づけるための納得のいく説明をなさないことになり、とりわけ理性的な処理を必要とする、裁判による強権的解決の場合、当事者や世人を承服させることができないであらう。したがつてこのような段階にとどまっている利益考量論に対しては、平井教授とともに非合理主義として批判するのは——その一面を強調するくらいはあるが——あながち的はずれとは言えないのではなからうか。

法解釈学はこの段階を超えて、新しい、よりすぐれた理論構成としてのモデルの構築に——それがたとい困難な課題ではあつても——進むことが要求されるであらう。

（完）